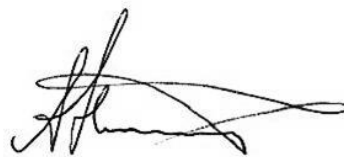


На правах рукописи



НИКИТИН Александр Александрович

ПРАВОВОЕ УСМОТРЕНИЕ: ТЕОРИЯ, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА

12.00.01 — теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
доктора юридических наук

Саратов – 2021

Работа выполнена в федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия»

Научный консультант — доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ
Сенякин Иван Николаевич

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор,
заведующая кафедрой конституционного и
муниципального права ФГАОУ ВО
«Волгоградский государственный университет»
Давыдова Марина Леонидовна

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой теории и истории
государства и права ФГАОУ ВО «Южный
федеральный университет»
Овчинников Алексей Игоревич

доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры конституционного и
административного права ФГБОУ ВО
«Санкт-Петербургский государственный
экономический университет»
Фомин Алексей Александрович

Ведущая организация — **Федеральное государственное казенное
образовательное учреждение высшего
образования «Московский университет
Министерства внутренних дел Российской
Федерации имени В.Я. Кикотя»**

Защита состоится 24 декабря 2021 года в 12-00 часов на заседании диссертационного совета Д 212.239.02 при федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» по адресу: 410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, 104, зал заседаний диссертационных советов.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке и на сайте федерального государственного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» (<http://test.ssla.ru/dissertation/dissert/01-09-2021-4d.pdf>).

Автореферат разослан «___» сентября 2021 года

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент



В.В. Нырков

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. В условиях экономических, социальных, политических и правовых преобразований, происходящих в нашей стране, важнейшей задачей, стоящей перед обществом и государством, является обеспечение достойного уровня жизни для каждого гражданина РФ. В правовом срезе эта задача предполагает обеспечение беспрепятственной реализации гарантированных законом прав, свобод и законных интересов, защиту их от всяческих посягательств и нарушений. Наряду с совершенствованием механизмов охраны прав, свобод и законных интересов, их восстановления в случае нарушения для решения названной проблемы необходимо выявить и изучить все правовые явления, оказывающие влияние на обеспечение прав, свобод и законных интересов человека. Одним из основополагающих правовых явлений, пронизывающих всю правовую сферу жизни общества, является правовое усмотрение.

Отсутствие комплексных научных исследований усмотрения в праве создает препятствие для формирования как в профессиональной юридической среде, так и у населения в целом адекватного представления о названном правовом феномене и его роли в позитивных и негативных процессах, происходящих в правовой жизни общества. Восприятие правового усмотрения в качестве исключительно негативного явления зачастую складывается из поверхностных, отрывочных и весьма необъективных данных о его проявлениях.

Очевидно, что результаты исследования усмотрения в праве как общеправового феномена способны обогатить в первую очередь теорию государства и права. Однако широчайший спектр вопросов, изучаемых в рамках названной проблемы, не позволяет ограничиваться лишь общетеоретическим анализом. Масштаб исследуемых сфер юридической деятельности: правотворчества, правореализации (в том числе правоприменения) в которых осуществляется усмотрение, предполагает необходимость обращения к отраслевым юридическим наукам, а также использования междисциплинарного подхода. Соответствующий комплексный характер исследования позволит сформировать единую концепцию усмотрения в праве, имеющую значение не только для юриспруденции, но и для иных отраслей научного знания.

Наряду с недостаточностью комплексных исследований правового усмотрения в целом, следует отметить также слабую изученность отдельных аспектов данной проблемы. Практически не подвергалось научному осмыслению правотворческое усмотрение. Между тем значение усмотрения субъектов, разрабатывающих и принимающих (утверждающих) юридические нормы, влияет на состояние законности в обществе не меньше, чем дискреция правоприменителя.

Важнейшую роль играет выбор сфер, общественные отношения в которых подлежат правовому регулированию, а также очередность такого регулирования. Приобретение определенной группой общественных отношений качества особой социальной значимости, необходимого для их правового опосредования, далеко не всегда приводит к немедленному отклику законодателя, в результате чего отношения в этой сфере формируются хаотично и могут получить нежелательную для общества и государства направленность. Это показывает, что наличие объективных предпосылок законодательного регулирования тех или иных отношений не исключает дискреционной составляющей в деятельности субъекта, осуществляющего правотворчество. Выбор типа и способов правового

регулирования, уровня абстрактности принимаемых правовых норм, оптимального сочетания норм, обладающих различной юридической силой, использование в законодательстве специальной терминологии, определение объема дискреционных полномочий, предоставляемых правоприменителю, а также решение множества других вопросов есть результат интеллектуально-волевой деятельности субъекта (единоличного или коллегиального), осуществляющего правотворчество.

Огромный пласт для исследователей правового усмотрения представляет собой сфера правоприменения. Основное внимание ученых до настоящего времени было обращено на изучение отдельных аспектов правоприменительного и судебного усмотрения. Это обусловлено тем, что именно в данной сфере большинство людей сталкивается с очевидными проявлениями усмотрения в праве, оказывающими существенное влияние на правовой статус лиц, соблюдение их прав, свобод и законных интересов. Любая несправедливость, любое нарушение прав, допускаемые правоприменителем в отношении индивида, зачастую интерпретируются последним как единственно возможное следствие правового усмотрения. Это приводит к крайне негативному результату — отождествлению усмотрения с произволом. Причем данный ошибочный вывод, сложившийся на бытовом уровне, начинает распространяться и в профессиональной юридической среде, в том числе среди лиц, осуществляющих правотворческую деятельность.

Устранение из законодательных норм дискреционных полномочий суда, прокуратуры, других правоохранительных органов, а также органов и должностных лиц, осуществляющих иные государственные функции, зачастую приводит не к желаемому результату (устранению произвола), а к снижению эффективности деятельности соответствующих правоприменителей, а порой и к полному параличу их работы. Это доказывает, что, во-первых, в числе причин нарушения требований закона правоприменителями правовое усмотрение не играет определяющей роли. Во-вторых, усмотрение в праве имеет не только нормативный тип, в связи с чем возможность дискреции сохраняется у субъекта даже после корректировки правовых норм в сторону уменьшения или полного устранения вариативности. В-третьих, правовое усмотрение является объективно необходимым для правоприменительной деятельности, что обусловлено самой системой права, базовым элементом которой выступает юридическая норма.

Недостаточно внимания уделяется изучению правового усмотрения в контексте других форм реализации права. В массовом сознании, равно как и в сознании некоторых исследователей, еще не сложилось четкого понимания того, что правовое поведение индивида, как правило, является выражением его правового усмотрения, хотя действующее законодательство (например, гражданское) использует соответствующий термин применительно к реализации отдельных прав.

На многогранный характер усмотрения, выражающегося в правовом поведении, заставляет обратить внимание наличие таких дефектных (противоправных) способов реализации юридических норм, как злоупотребление правом и обход закона. Сведение усмотрения исключительно к нормативному типу, к выбору одного из вариантов поведения, предусмотренного статьей закона, не позволяет раскрыть противоправной сущности названных деяний, в связи с чем необходимо оценивать субъективно-поведенческий тип усмотрения лица.

Названные обстоятельства, не нашедшие должного научного осмысления, а также отсутствие комплексного подхода при изучении усмотрения в праве

предопределили актуальность и перспективность общетеоретического исследования названного правового явления.

Степень научной разработанности темы. Вопросы, связанные с усмотрением в праве, находятся в поле зрения ученых, исследующих данный феномен как в рамках теории государства и права, так и в отраслевых юридических аспектах. Результаты научных трудов, в той или иной степени затрагивающих проблему дискреции, автор, разумеется, принимал во внимание в ходе написания диссертационной работы.

Вместе с тем, несмотря на очевидную научную и практическую значимость исследования проблем усмотрения в праве, их анализ в рамках общей теории права следует признать явно недостаточным. Большинство существующих в настоящее время научных работ посвящено изучению отдельных разновидностей правового усмотрения: правоприменительного, судебного (судейского) или отдельных аспектов данной проблемы (например, пределов усмотрения). В частности, на уровне докторских диссертационных исследований изучались вопросы усмотрения следователя (Марфицин П.Г. Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2003), судейского усмотрения в уголовном праве (Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики. Москва, 2011), усмотрения в конституционном праве (Шарнина Л.А. Усмотрение в конституционном праве. Москва, 2019). В рамках кандидатских диссертаций, выполненных как по общей теории права, так и по отраслевым юридическим наукам, преимущественно исследовались вопросы судейского (судебного) усмотрения и его пределов, а также различные аспекты правоприменительного усмотрения.

В число ученых, в той или иной плоскости затрагивающих в своих трудах тему правового усмотрения, входят как отечественные, так и зарубежные авторы, в частности Д.Б. Абушенко, В.Г. Антропов, А. Барак (A. Barak), Л.Н. Берг, Д.В. Бойко, А.Т. Боннер, М. Галантер (M. Galanter), Д. Галлиган (D. J. Galligan), А.В. Гирвиц, Ю.В. Грачева, Р. Дворкин (R. Dworkin), К. Дэвис (K.C. Davis), К.И. Комиссаров, Р. Кросс (R. Cross), А.А. Малиновский, Н.А. Никонов, О.А. Папкова, В.Д. Подмосковский, А.И. Парог, Р. Сарториас (R. Sartorius), И.Н. Сенякин, А.Б. Степин, Ю.А. Тихомиров, А.А. Хайдаров, Г.Л.А. Харп (H.L.A. Hart), А. Хатчинсон (A.C. Hutchinson), К. Хоукинс (K. Hawkins), Д.М. Чечот.

Учитывая, что проблема усмотрения в праве носит фундаментальный характер, а само это явление пронизывает всю правовую сферу, его исследование немыслимо в отрыве от целого ряда основополагающих проблем юридической науки, связанных с изучением системы права, юридической нормы, правовой системы, правового поведения, целей и средств в праве, правотворчества, толкования юридических норм, правоприменения и иных форм реализации права, источников права, законности и др. Названные проблемы, в контексте которых изучается правовое усмотрение, исследовались в работах таких авторов, как С.С. Алексеев, М.И. Байтин, В.В. Борисов, П.А. Гук, И.Ю. Козлихин, А.Б. Лисюткин, А.В. Малько, А.А. Малиновский, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, А.В. Осипов, Д.Е. Петров, А.С. Пиголкин, И.Н. Сенякин, В.Н. Синюков, С.Ю. Суменков, В.М. Сырых, Ю.А. Тихомиров, К.В. Шундилов, Л.С. Явич. Также в работе рассматривались взаимосвязанные с правовым усмотрением проблемы отраслевых юридических наук: функции и полномочия суда в уголовном и

гражданском процессах, конституционном судопроизводстве, пределы осуществления гражданских прав и многие другие. Исследованием перечисленных вопросов занимались такие представители отраслевых юридических наук, как Р.С. Белкин, А.Т. Боннер, Е.В. Вавилин, А.В. Волков, В.Л. Вольфсон, Ю.В. Грачева, Е.В. Колесников, К.И. Комиссаров, Ф.М. Кудин, В.Н. Кудрявцев, Н.А. Лопашенко, О.А. Папкова, И.Л. Петрухин, К.В. Пронин, А.И. Рарог, М.С. Рыбак, М.С. Строгович, Д.М. Чечот.

Безусловно, высоко оценивая работы всех перечисленных авторов, следует отметить, что они затрагивают лишь отдельные аспекты проблемы правового усмотрения и не охватывают всей сущности данного феномена.

Представленная работа является первым комплексным исследованием усмотрения в праве монографического плана, предпринятым в рамках общей теории права и затрагивающим широкий спектр вопросов, возникающих в связи с существованием правового усмотрения.

Объектом диссертационного исследования выступает совокупность урегулированных юридическими нормами общественных отношений, в которых проявляются различные типы и виды правового усмотрения.

Предметом настоящего исследования являются общие закономерности формирования правового усмотрения, признаки и формы выражения данного явления, а также его взаимосвязь с юридическими нормами.

Цель и задачи исследования. *Цель* диссертационной работы — формирование научной концепции правового усмотрения, отражающей сущность и общеправовой характер данного явления, а также получение на основе комплексного общетеоретического исследования усмотрения в праве новых знаний о его причинах, типах и видах, пределах, формах проявления.

Для достижения указанной цели определены следующие *задачи исследования*:

сформулировать дефиницию правового усмотрения, выявить и раскрыть его характерные черты, а также провести классификацию типов и видов правового усмотрения;

рассмотреть объективные и субъективные причины усмотрения в праве;

определить понятие «пределы правового усмотрения», классифицировать и раскрыть их содержание;

выявить общие и специфические черты усмотрения, реализуемого в сфере публичного и в сфере частного права;

исследовать допустимость усмотрения в законотворческом процессе, определить его специфику, пределы, соотношение с иным правотворческим усмотрением, а также установить субъектов, его осуществляющих;

охарактеризовать значение правового усмотрения при установлении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения;

разработать понятие и структуру механизма формирования правоприменительного усмотрения, изучить содержание элементов, его составляющих;

показать интерпретационное усмотрение, его элементы и оценить характер влияния на выбор субъектом способов толкования юридических норм, а также на объем их толкования;

проанализировать характер и степень зависимости усмотрения правоприменителя от особенностей правовой системы, в которой он осуществляет свою деятельность;

установить специфические свойства, характеризующие судебное усмотрение, доказать их взаимосвязь с функциями судебной власти и ее особенностями;

уточнить соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента;

указать отличительные особенности механизма формирования усмотрения при реализации правовых норм в форме соблюдения, исполнения или использования;

оценить влияние правового усмотрения на состояние законности, а также на формирование правового поведения индивида.

Методологическая основа диссертационного исследования. Диссертация базируется на познавательном инструментарии, определяемом спецификой предмета исследования, а также его целью и задачами. Базовым методом был избран диалектический, позволяющий наиболее полно понять природу усмотрения в праве и оценить объективность его существования. Наряду с диалектическим методом использовалась система общенаучных и специальных методов научного познания. В качестве общенаучных методов применялись системный, исторический, функциональный, а также методы анализа и синтеза, дедукции и индукции, обобщения и сравнения; в качестве частнонаучных — формально-юридический, сравнительно-правовой, историко-правовой, логический, лингвистический и другие методы.

Цель, задачи и предмет исследования обусловили необходимость использования междисциплинарного подхода, позволяющего наиболее полно изучить многообразие проявлений правового усмотрения.

Теоретическая основа исследования. При разработке концепции усмотрения в праве автор опирался на труды таких представителей общей теории права, как С.С. Алексеев, М.И. Байтин, П.А. Гук, И.Ю. Козлихин, А.Б. Лисюткин, А.В. Малько, А.А. Малиновский, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, Д.Е. Петров, А.С. Пиголкин, И.Н. Сенякин, В.Н. Синюков, С.Ю. Суменков, В.М. Сырых, Л.С. Явич.

Изучение правового усмотрения носит междисциплинарный характер, поэтому в диссертации, помимо работ представителей теории государства и права, использовались труды ученых, представляющих отраслевые юридические науки: конституционное, административное, гражданское право, уголовное право, уголовный процесс и др. В связи с этим к теоретической основе диссертационного исследования можно отнести труды таких ученых, как Р.С. Белкин, А.Т. Боннер, Е.В. Вавилин, А.В. Волков, Ю.В. Грачева, Е.В. Колесников, К.И. Комиссаров, Ф.М. Кудин, В.Н. Кудрявцев, Н.А. Лопашенко, И.Л. Петрухин, А.И. Рарог, М.С. Рыбак, М.С. Строгович, Д.М. Чечот.

Для раскрытия темы диссертации в качестве теоретической базы использовались и труды зарубежных мыслителей, в частности таких авторов, как А. Барак, М. Галантер, Д. Галлиган, Р. Давид, Р. Дворкин, К. Дэвис, Р. Кросс, Р. Уолкер, Г.Л.А. Харт, К. Хоукинс.

Нормативно-правовая основа исследования включает в себя целый комплекс различных нормативных правовых актов. В диссертации изучены и проанализированы: Конституция РФ, федеральные конституционные законы, федеральные законы, в том числе большинство кодифицированных актов, законы отдельных субъектов РФ, подзаконные нормативно-правовые акты: указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные нормативные правовые акты, включая приказы и указания Генерального прокурора РФ. В целях определения тенденций развития законодательства применительно к исследуемой

теме изучению и анализу были подвергнуты как действующие нормативно-правовые акты, так и утратившие силу.

Всего в работе рассмотрено свыше 100 нормативных правовых актов различного уровня.

Эмпирическую основу исследования составляют правоприменительные и интерпретационные акты органов государственной власти, связанные с реализацией соответствующими субъектами правового усмотрения. К числу таких актов относятся постановления Конституционного Суда РФ, постановления Пленума Верховного Суда РФ, обзоры судебной практики, утвержденные Президиумом Верховного Суда РФ.

Научная новизна исследования обусловлена тем, что оно представляет собой одно из первых доктринальных исследований монографического уровня, посвященное комплексному общетеоретическому анализу усмотрения в праве как многостороннего феномена, проявляющегося во всех сферах юридической деятельности.

Разработана новая научная концепция правового усмотрения, в рамках которой исследуемое правовое явление позиционируется в качестве общеправового, обусловленного, прежде всего, нормативностью права и выступающего необходимым условием правотворческой, интерпретационной, правореализационной, в том числе и правоприменительной деятельности. В предложенной теоретической модели правовое усмотрение предстает не только в связке с содержанием конкретных юридических норм, предусматривающих вариативность поведения адресата нормы или содержащих безальтернативное предписание. Проведенный анализ доказывает, что нормативным типом и конкретно-нормативным видом правовое усмотрение не исчерпывается. Выявлены иные типы усмотрения в праве, формирующие правовые установки субъекта, которые имеют определяющее значение при принятии юридически значимого решения на нормативном уровне.

Доказывается необходимость установления для нормативного типа правового усмотрения баланса между юридическими нормами, предоставляющими возможность дискреции (при использовании субъективных прав, осуществлении властных полномочий, исполнении альтернативных юридических обязанностей), и нормами, не предусматривающими напрямую вариативности. Обосновывается, что современная тенденция к исключению из нормативно-правовых актов положений, прямо закрепляющих возможности дискреции, зачастую негативно сказывается на эффективности правового регулирования, поскольку существенно затрудняется процесс реализации правовых предписаний.

Безусловным новаторством работы является изучение правотворческого усмотрения. Формирование системы права не может происходить исключительно под влиянием объективных факторов. Важную роль в данном процессе играет комплекс решений, принимаемых субъектом (индивидуальным или коллективным), осуществляющим правотворческую деятельность. Влияние таких решений на эффективность механизма правового регулирования может быть как положительным, так и отрицательным.

Для минимизации возможных негативных для права последствий реализации правотворческого усмотрения теоретически обоснована система специфических пределов усмотрения субъекта, осуществляющего разработку и (или) принятие юридических норм.

Аргументируется вывод об обусловленности усмотрения, осуществляемого в правореализационной и интерпретационной деятельности, правотворческой дискрецией. Субъект, осуществляющий правотворческую деятельность, не только закладывает определенный объем дискреционных полномочий в содержание юридических норм, напрямую влияя на нормативный тип усмотрения при их реализации, но и создает условия, в которых формируются информационные, оценочные, регулятивные и когнитивные мотивы, влияющие на принятие субъектом решений в рамках иных типов усмотрения.

Новеллой диссертационной работы является обоснование авторской модели механизма формирования правоприменительного усмотрения, разработанной в ходе исследования. Данная модель позволяет адекватно оценить влияние каждого элемента механизма формирования правоприменительного усмотрения на принятие итогового решения (т.е. собственно на усмотрение) и определить возможности целенаправленного воздействия на эти элементы в целях предупреждения негативных проявлений усмотрения. Кроме того, разработаны механизмы формирования усмотрения при реализации юридических норм в форме соблюдения, исполнения и использования, а также при осуществлении дефектных противоправных способов правореализации (злоупотребление правом, обход закона) и исследованы их особенности.

Утверждается зависимость характера и степени свободы усмотрения правоприменителя от правовой системы, в рамках которой он действует. Правовая система выступает одной из объективных причин определенной насыщенности права усмотрением и его распределением между правотворчеством, правоприменением и реализацией права в иных формах.

Раскрывается специфика судебного усмотрения, способного сочетать в себе элементы правоприменительной и правотворческой дискреции, что обусловлено особой ролью судебной ветви власти в системе разделения властей. Особым видом усмотрения соответствующих судебных органов, объединяющим правотворческий и правоприменительный элементы, является судебный прецедент.

Представлен механизм формирования субъективно-поведенческого типа усмотрения индивида. Исследованы специфика выражения данного типа правового усмотрения, особенности его оценки и влияние, оказываемое на другие типы усмотрения в праве. Подвергнуты анализу основные общие модели правового поведения, в которых выражается субъективно-поведенческое усмотрение лица: правомерная, маргинальная, противоправная.

Проведенное диссертационное исследование устраняет существенный пробел юридической науки, доказывая общеправовой характер усмотрения в праве, предполагающий (помимо общетеоретического изучения понятия, признаков, видов правового усмотрения) возможность дальнейшей разработки данной проблемы отраслевыми юридическими науками на базе результатов, достигнутых общей теорией права.

На защиту выносятся следующие основные положения, отражающие новизну диссертационного исследования:

1. Дается авторская трактовка понятия «правового усмотрения». Под правовым усмотрением (усмотрением в праве) понимается результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного) — выбранное на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое

значение, и выраженное в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной, правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта.

Предложенное определение правового (юридического) усмотрения предполагает его тождественность термину «усмотрение в праве» и возможность их использования в качестве синонимов.

Основными характерными чертами правового усмотрения являются следующие. Во-первых, усмотрением следует считать само решение (мнение, позицию) субъекта, а не процесс выбора. Это обусловлено тем, что принятое в итоге решение находит выражение в поведении субъекта, которое в необходимых случаях подлежит правовой оценке. Во-вторых, обязательным предшественником усмотрения должна являться интеллектуально-практическая волевая деятельность субъекта по принятию соответствующего решения. В-третьих, решение должно приниматься на основе знаний или представлений субъекта о праве, которые в разных типах усмотрения обладают неодинаковой степенью конкретизации. В-четвертых, вопрос, по которому субъектом принимается решение, должен обладать правовым характером: быть связанным с созданием норм права, их толкованием или реализацией. В-пятых, усмотрение внешне выражается в правовом поведении субъекта.

2. Правовое усмотрение делится на типы в зависимости от степени конкретизации решаемого правового вопроса и связи принимаемого решения с конкретным содержанием юридических норм. По данному основанию следует различать:

- субъективно-поведенческий тип правового усмотрения;
- общий или базисный тип правового усмотрения;
- нормативный (нормативно-закрепленный) тип правового усмотрения.

Порядок расположения названных типов — от абстрактной дискреции субъекта, не связанной с решением определенного правового казуса, к конкретной. В деятельности субъекта в определенном сочетании реализуются все типы усмотрения. Более абстрактный тип усмотрения субъекта оказывает влияние на принятие им решений по конкретным правовым вопросам.

3. По мнению автора, нормативный тип правового усмотрения может быть классифицирован по различным основаниям:

а) в зависимости от закрепления права на осуществление нормативного усмотрения в правовых нормах следует выделять три его разновидности: конкретно-нормативное, институциональное, компетенционное;

б) в зависимости от характеристики субъекта, которому принадлежит право на усмотрение, и порядка принятия им решения следует различать: индивидуальное (единоличное или единичное) и коллегиальное (коллективное);

в) в зависимости от сферы юридической деятельности, в которой реализуется усмотрение, выделяются: правотворческое, правоприменительное, судебное (являющееся специфической разновидностью правоприменительного), правореализационное (осуществляется иными субъектами права, не являющимися правоприменителями), интерпретационное, научное;

г) в зависимости от степени свободы выбора вариантов поведения субъектами права необходимо разграничивать: абсолютно-определенное, относительно определенное и свободно-вариативное;

д) в зависимости от структуры усмотрения можно говорить о двух видах: простое (микроусмотрение) и комплексное (макроусмотрение). Комплексное усмотрение, в свою очередь, может быть моносубъектным (все входящие в его состав простые усмотрения и итоговое решение принимаются одним субъектом) и полисубъектным.

Некоторые классификационные основания можно применять и к другим типам усмотрения, если это не противоречит их сущности.

4. Обозначен комплекс причин правового усмотрения, среди которых следует различать две категории: объективные (неустраимые) и субъективные (корректируемые).

К объективным причинам существования усмотрения в праве относятся: исторические; сущностно-правовые; причины, обусловленные сложившейся правовой системой.

Исторические существования усмотрения в праве связаны с процессом преобразования способов выбора вариантов решений, использовавшихся людьми в догосударственный период истории, в урегулированные правом процедуры, характеризующиеся определенной степенью свободы лиц, принимающих решения.

Сущностно-правовые причины обусловлены наличием у права, выступающего регулятором общественных отношений, таких свойств, как государственно-волевой характер и нормативность. Государственно-волевой характер предполагает, что законодатель (коллективный субъект) по своему усмотрению определяет каким интересам государства, общества, социальных групп, индивида придать властный характер, закрепив их в нормах права (причина правотворческого усмотрения). Нормы, являясь первичным элементом права, представляют собой общие правила поведения, при реализации которых необходимо усмотреть наличие тождества фактических обстоятельств конкретной ситуации и установленных нормой юридических фактов (причина правоприменительного и иного правореализационного усмотрения).

Сложившаяся в обществе правовая система детерминирует распределение разновидностей правовой дискреции между различными субъектами, а также степень свободы этих субъектов при реализации усмотрения.

В качестве субъективных причин усмотрения в праве можно выделить: целенаправленное закрепление возможности усмотрения законодателем, выбранный тип правового регулирования, конкуренцию правовых норм, ошибки правотворческой техники, юридические коллизии, пробелы в праве.

5. Определены пределы правового усмотрения, как правовые, морально-правовые и внеправовые (экономические, политические, социальные и др.) границы, в рамках которых допустима дискреция, а выбранное и реализуемое субъектом решение будет являться правомерным.

К числу основных правовых границ усмотрения в праве относятся: законность и правопорядок; нормативно закрепленные пределы, включающие принципы права, нормы-цели, закрытые исчерпывающие перечни (списки) вариантов, правовые запреты, сервитуты, уточнения, некоторые виды исключений; коллизионные нормы и выработанные наукой и практикой правила преодоления пробелов в праве; компетенционные пределы; толкование юридических норм; устоявшиеся типовые решения, принимаемые в юридической практике.

Морально-правовые пределы усмотрения в праве представляют собой границы возможного правового поведения субъекта, сформированные на основе

нравственных требований, прямо закрепленных в праве. Они применимы к ситуациям, когда поступки субъекта оцениваются, прежде всего, с позиции норм морали, а в случае их нарушения приобретают также качество противоправности.

Внеправовые пределы усмотрения в праве — это политические, экономические, социальные и иные внеправовые условия, ограничивающие свободу выбора субъектом права варианта правового поведения.

Существующие пределы усмотрения в праве можно подразделить: на внутренние и внешние, количественные и качественные.

6. Правотворческое усмотрение представляет собой основанные на общих принципах права, положениях Основного закона и текущего законодательства решения законодателя либо иного субъекта, которому делегированы правотворческие полномочия, по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, принятые в пределах компетенции соответствующего субъекта и нашедшие отражение в законе или подзаконном нормативно-правовом акте.

Специальным видом правотворческого усмотрения является законотворческое усмотрение, которое представляет собой основанные на общих принципах права и положениях Основного закона решения законодателя по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, нашедшие отражение в принятом законе.

Правотворческое усмотрение формируется в рамках трех взаимосвязанных процессов: инициирования принятия нормативно-правового акта; разработки его проекта (в строгом понимании законодательной процедуры эти процессы могут находиться за ее пределами) и непосредственно в принятии нормативно-правового акта.

Субъектом права на правотворческое усмотрение является «законодатель» в широком смысле этого слова или иное лицо, обладающее полномочиями разработки и принятия подзаконных нормативных правовых актов, т.е. индивидуальный или коллективный субъект, принимающий участие в названных процессах, направленных на создание любого нормативно-правового акта.

7. Раскрыты пределы правотворческого усмотрения — это комплекс правовых, морально-правовых и внеправовых (социальных, финансово-экономических, политических) ограничений, соблюдение которых законодателем или иным субъектом правотворческой деятельности обеспечивает высокую эффективность процесса разработки и принятия правовых норм, а также правореализационный потенциал его результатов.

К числу основных пределов правотворческого усмотрения относятся: законность и правопорядок, обеспечиваемые эффективностью механизма правового регулирования; положения Основного закона государства, в частности Конституции РФ, а также ограничения, производные от них; принципы права. Особым внеправовым пределом правотворческого усмотрения является общественное мнение о праве (в целом либо об отдельных его частях, а также об элементах правовой системы).

8. Уточняется существующая трактовка усмотрения в процессе применения права. По мнению автора, правоприменительное усмотрение — это результат

интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта, осуществляющего функцию правоприменения, представляющий собой выбранное на основе предписаний правовых норм решение по юридически значимому вопросу и выраженное в определенном правоприменительном акте.

Правоприменительное усмотрение субъекта складывается из нескольких элементов, не всегда имеющих внешнее выражение и не обладающих самостоятельным значением. Совокупность таких элементов образует механизм формирования правоприменительного усмотрения — систему взаимосвязанных действий и (или) выводов правоприменителя, последовательно осуществляемых на стадиях процесса применения права, каждое из которых в определенной степени детерминирует выбор итогового решения по делу и его исполнение.

В число элементов механизма формирования правоприменительного усмотрения, соответствующих стадиям правоприменительного процесса, входят: усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела; усмотрение при юридической квалификации дела; усмотрение при проверке и толковании выбранной правовой нормы (или их совокупности); непосредственно выбор варианта решения дела и его отражение в правоприменительном акте; усмотрение при исполнении принятого решения (может носить факультативный характер). В рамках перечисленных основных элементов возможно более подробное деление.

9. Усмотрение при толковании юридической нормы представляет собой основанный на интеллектуально-практической волевой деятельности интерпретатора выбор способа (комплекса способов) толкования и формулирование предмета выяснения (т.е. — системы обстоятельств, подлежащих установлению и необходимых для уяснения содержания и смысла правовой нормы, а также подлинной воли законодателя заключенной в ней), определяющих результат данного процесса.

В зависимости от того, осуществляется ли толкование юридических норм субъектом при их реализации для собственных нужд или оно распространяется на другие субъекты, интерпретационное усмотрение может быть однокомпонентным (толкование-уяснение) и двухкомпонентным (толкование-разъяснение).

Двухкомпонентное усмотрение интерпретатора может являться одним из пределов правоприменительного или иного правореализационного усмотрения тех субъектов, которым разъяснения адресованы (при официальном толковании).

Спецификой однокомпонентного интерпретационного усмотрения является то, что оно не имеет внешнего выражения и самостоятельного значения, а влияет на итоговое решение субъекта в рамках одной из форм реализации права.

10. Факторами, оказывающими положительное влияние на интерпретационное усмотрение и способными предупредить возникновение негативных последствий, являются: совершенствование правотворческой техники; включение в нормативно-правовые акты, прежде всего, в законы, четко выраженных норм-целей; практическое применение научных разработок по вопросу толкования юридических норм; толкование, осуществляемое субъектом более высокого уровня; наличие установленного законом контроля и (или) надзора за правоприменительными решениями, выражающими уяснение юридических норм соответствующим субъектом, а также возможности их обжалования.

Кроме того, снижению количества ошибок и нарушений при толковании юридических норм должна способствовать систематизация нормативных правовых актов, которая осуществляется по усмотрению уполномоченного субъекта,

определяющего сферу общественных отношений, в которой она будет производиться, ее форму, объем и уровень (общий, федеральный, региональный, муниципальный), а также сроки и исполнителей данной работы.

11. Показана роль правовой системы общества как детерминанты специфики реализации правового усмотрения в определенном государстве. Особенности реализации правового усмотрения, обусловленными правовой системой, являются, прежде всего, соотношение правоприменительного, иного правореализационного и правотворческого усмотрений; степень свободы этих усмотрений; их распределение между разными субъектами, реализующими отдельные виды правового усмотрения или их сочетания; пределы разных видов правового усмотрения.

Названные особенности можно считать основными, поскольку они обусловлены наиболее важными характеристиками правовых систем, исходя из общности которых правовые системы группируют в правовые семьи: романо-германского (континентального) права, англосаксонского (общего) права, религиозного права и традиционного (обычного) права. Специфические черты, отличающие системы друг от друга, могут предопределять и иные особенности правового усмотрения, реализуемого в конкретной правовой системе.

12. Предлагается авторская трактовка судебного усмотрения, учитывающая не только правоприменительный, но и интерпретационный и правотворческий аспекты. Судебное усмотрение — это вывод суда (судьи), сделанный в ходе его интеллектуально-практической волевой деятельности, осуществляемой в строгой процедурной форме, по вопросу, отнесенному к компетенции судебной власти, и направленный на применение, создание (при наличии соответствующих полномочий) и интерпретацию правовых норм, способный обеспечить законность правоприменительной и правореализационной дискреции иных органов, организаций, граждан и должностных лиц.

Судебное усмотрение можно рассматривать как особый вид правоприменительного усмотрения, которое (при определенных условиях) сочетается с правотворческим и интерпретационным.

В зависимости от характера полномочий судебной власти и формы их реализации судебное усмотрение, основанное на данных полномочиях, может быть дифференцировано на следующие виды:

основное судебное усмотрение (в рамках основных полномочий судебной власти);

организационное судебное усмотрение, включающее разновидности, соответствующие реализуемым судами (судьями) организационным полномочиям.

Основное судебное усмотрение включает: процессуальное усмотрение суда (в рамках которого можно различать усмотрение суда при осуществлении правосудия и иное процессуальное усмотрение суда), а также усмотрение суда, осуществляемое в других процедурных формах.

13. По мнению диссертанта, в контексте исследования правовой дискреции создание судебного прецедента следует определить как особую разновидность усмотрения судебных органов, наделенных соответствующими полномочиями, сочетающего правоприменительный и правотворческий элементы, выраженного в форме официально опубликованного решения суда по конкретному делу, подлежащего использованию в качестве образца для разрешения аналогичных дел. Предложенное определение призвано дополнить имеющиеся знания о судебном

прецеденте. Оно не должно противопоставляться имеющимся в науке трактовкам судебного прецедента, отражающим другие стороны данного феномена.

Анализ характеристик решений, принимаемых высшими судебными органами России, с позиции их соответствия качествам судебного прецедента позволяет сделать вывод, что названными органами судебных прецедентов не создается. Вместе с тем решения Конституционного Суда РФ в определенных условиях приобретают характер нормативности, потому предлагается законодательно закрепить полномочие данного судебного органа в принимаемых по результатам осуществления конституционного судопроизводства решениях устанавливать временные нормативные положения, действующие до принятия законодателем необходимых поправок в текущее законодательство.

14. Юридическое усмотрение субъекта, реализующего нормы права в форме соблюдения, исполнения или использования, выражается в волевых действиях (бездействии), совершаемых на основе интеллектуально-практической оценки фактической ситуации и направленных на осуществление закрепленного правовой нормой запрета, юридической обязанности, субъективного права (свободы).

Структура механизма формирования усмотрения при реализации юридических норм в форме соблюдения, исполнения, использования в целом аналогична структуре механизма формирования правоприменительного усмотрения и включает в себя следующие этапы: усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела; усмотрение при обыденной юридической квалификации дела; усмотрение при проверке и уяснении смысла выбранных норм права; непосредственно выбор варианта решения дела и его отражение в правовом поступке. Однако отдельные элементы данного механизма могут носить усеченный характер либо обладать спецификой, обусловленной формой реализации права и характеристиками субъекта. В частности, не во всех случаях присутствует необходимость точной юридической квалификации лицом установленных фактических обстоятельств.

15. Под субъективно-поведенческим типом усмотрения понимается перманентное определение лицом перспективных целей собственного правового поведения, потенциальных средств их достижения, а также принятие с учетом различных мотивов решений о выборе средств, выражающихся в общей модели правового поведения, обуславливающей совершение отдельных юридически значимых поступков.

В отличие от механизмов формирования усмотрения нормативного типа, механизм формирования субъективно-поведенческого усмотрения включает три основных элемента: определение перспективных целей, достижение которых возможно в рамках правового поведения; определение и анализ известных лицу потенциальных средств достижения таких целей (без привязки к конкретным юридическим нормам); принятие с учетом различных мотивов решения. Данный механизм и все его элементы являются постоянно действующими.

Общая модель правового поведения может использоваться для оценки характера субъективно-поведенческого типа усмотрения лица. Под ней необходимо понимать не единичный поведенческий акт, а их систему, обладающую внутренним единством, целенаправленностью, стабильностью и рассматриваемую на протяжении длительного периода времени. Предлагается различать три общих модели правового поведения: правомерную, маргинальную и противоправную.

Воздействие субъективно-поведенческого типа усмотрения на другие осуществляется посредством правовых установок, в значительной степени определяющих решения субъекта в рамках других типов дискреции.

16. Раскрывается специфика усмотрения лиц, совершающих поступки, обладающие внешними признаками соблюдения, исполнения и использования юридических норм, но не приводящие к достижению социально полезного или допустимого обществом результата. Разновидностями осознанного поведения, не обладающего внешними признаками правонарушений, но причиняющего (или способного причинить) вред общественным отношениям, являются обход закона и злоупотребление правом. Названные разновидности поведения могут рассматриваться как дефектные противоправные способы реализации права.

Под обходом закона следует понимать дефектный способ реализации юридических норм, выражающийся в умышленном совершении лицом комплекса действий, носящих противоправный характер, подменяющих правовое регулирование объективно сложившихся общественных отношений действительно соответствующими им правовыми нормами на регулирование более благоприятными для удовлетворения интересов субъекта нормами права, положения которых исполняются (соблюдаются, используются) лишь формально.

Усмотрение лица, действующего в обход закона, представляет собой комплексное правореализационное решение, направленное на достижение противоправной цели, включающее отказ от осуществления правовой нормы, подлежащей реализации, и принятие мер по корректировке фактической основы дела, обеспечивающей возможность реализации заинтересованным лицом наиболее благоприятной для удовлетворения его интересов нормы права, приводящей к искомому противоправному результату. Механизм формирования усмотрения субъекта, действующего в обход закона, включает две части.

Первая часть представляет собой систему элементов, типичных для соответствующей формы реализации права (соблюдения, исполнения, использования, применения), по результатам функционирования которых субъектом принимается решение о том, что для удовлетворения собственных интересов реализация правовых норм, действительно подлежащих осуществлению, неприемлема. Данное решение может оставаться исключительно в сознании индивида и не иметь внешнего выражения.

Вторая часть механизма включает те же элементы, но в другом порядке. Первичным становится подбор и толкование наиболее благоприятной для удовлетворения интересов лица правовой нормы, для обеспечения которой корректируется установленная фактическая основа дела.

17. Усмотрение субъекта, злоупотребляющего правом, представляет собой правореализационное решение, при котором выбирается ориентированный на достижение противоправной цели вариант использования субъективного права, выражающееся в совершении не запрещенных законом действий, приводящих к причинению (реальной угрозе причинения) вреда интересам других лиц или публичным интересам.

В отличие от обхода закона механизм формирования усмотрения субъекта, злоупотребляющего правом, структурно идентичен механизму формирования правореализационного усмотрения. Исходя из выявленных различий механизма формирования усмотрения лица, действующего в обход закона, и лица, злоупотребляющего правом, делается вывод о том, что обход закона

целесообразно рассматривать как отдельный дефектный противоправный способ реализации права, а не как одну из форм злоупотребления правом.

Теоретическая и практическая значимость диссертационной работы. Результаты диссертационного исследования способствуют дальнейшему изучению феномена «усмотрение в праве», его характерных черт, типов, разновидностей, сфер реализации.

В результате проведенного исследования выработана совокупность новых теоретико-правовых выводов и положений, позволяющих обосновать, что усмотрение в праве является комплексным общеправовым многогранным явлением, обеспечивающим претворение в жизнь юридических норм и функционирование правовой системы.

В процессе изучения правового усмотрения были освещены такие важные проблемы юридической науки, как правотворчество и факторы, влияющие на его эффективность, соотношение абстрактности и конкретности в правовых нормах, механизм правового регулирования, типы и способы правового регулирования, корреляция целей и средств в праве, правовая система, ее структура и виды, правоприменительный процесс, правосудие, толкование юридических норм, источники права, формы реализации права, правовое поведение, обход закона и злоупотребление правом.

Выводы, сформулированные в работе, могут использоваться: в научных исследованиях проблематики, смежной с усмотрением в праве или касающейся вопросов, затронутых в работе; для подготовки учебников и учебных пособий для обучающихся юридических и неюридических высших учебных заведений; в преподавании учебных курсов теории государства и права, правоохранительных органов, прокурорского надзора, а также связанных с названными курсами специальных учебных дисциплин.

С практической точки зрения предложенная в диссертации концепция усмотрения в праве может использоваться в процессе совершенствования законодательства как субъектами, непосредственно участвующими в законодательной деятельности, так и лицами, задействованными в общественном обсуждении или общественной экспертизе проектов нормативно-правовых актов.

Пределы правового усмотрения, в том числе правотворческого, проанализированные в работе, способны послужить ориентирами при разработке проектов нормативно-правовых актов разного уровня, проведении их антикоррупционной экспертизы, выработке предложений по совершенствованию правоприменительной деятельности правоохранительных и иных государственных и муниципальных органов, а также их должностных лиц.

Апробация результатов исследования. Работа выполнена на кафедре теории государства и права ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», где проводилось ее рецензирование и обсуждение.

По теме диссертации опубликовано более пятидесяти работ, в том числе восемь монографий, включая коллективные с разделенным участием, двадцать шесть статей, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации для опубликования основных научных результатов диссертационных исследований, а также публикация в зарубежном издании.

Полученные результаты исследования используются в учебном процессе в ходе чтения курса лекций, проведения практических и семинарских занятий по

дисциплинам «Прокурорский надзор», «Правоохранительные органы», «Координация деятельности правоохранительных органов», а также связанных с ними дисциплин, преподаваемых в ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия».

Основные положения диссертации были также апробированы автором в ходе выступления на научно-практических конференциях, форумах, «круглых столах» международного, всероссийского и межрегионального уровня.

Структура работы обусловлена логикой исследования, а также его целью и задачами. Диссертация состоит из введения, пяти глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертационного исследования и освещается степень ее научной разработанности, определяются объект, предмет, цель и задачи исследования, обозначаются методологическая, теоретическая, нормативно-правовая и эмпирическая основа диссертации, раскрывается научная новизна исследования, формулируются основные научные положения, выносимые на защиту, аргументируется теоретическая и практическая значимость диссертации, приводятся сведения об апробации результатов исследования и структуре работы.

Глава первая «Усмотрение в праве как объект теоретико-правового исследования» включает четыре параграфа, в которых разрабатывается комплекс вопросов, раскрывающих сущность усмотрения как общеправового явления.

В **первом параграфе «Общая характеристика правового усмотрения: понятие, признаки и виды»** отмечается, что сложившиеся в юриспруденции традиционные направления исследования правового усмотрения в полной мере не раскрывают общеправовой характер данного явления. Большинство ученых, работающих в области общей теории права и в других отраслях юридической науки, акцентируют внимание на изучении вопросов, связанных с судебской дискрецией и иным правоприменительным усмотрением (пределы усмотрения, особенности дискреции в деятельности конкретных субъектов, специфика усмотрения в определенных сферах и т.п.). Это приводит к тому, что осуществление субъектами усмотрения в таких важнейших юридических сферах как правотворчество, систематизация законодательства, толкование правовых норм, реализация права в иных формах, помимо применения, остается слабо изученным.

По мнению автора, правовое усмотрение обладает рядом характерных черт.

1. Усмотрение — это решение, принятое субъектом. Такое понимание усмотрения согласуется, прежде всего, со словарным определением данного термина (решение, заключение, мнение), а также с точкой зрения исследователей, трактующих усмотрение как выбранный вариант поведения, решения (П.Г. Марфицин), либо как сочетание процесса выбора с результатом (Д.В. Бойко, А.В. Гирвиц).

2. Усмотрение следует отличать от субъективного права (дискреционного полномочия), поскольку последнее предоставляет субъекту лишь потенциальную возможность выбора варианта поведения, являясь предпосылкой собственно усмотрения. Использование для обозначения таких дискреционных полномочий

(прав) термина «усмотрение в праве» и проведение различий с «правовым усмотрением» представляется ошибочным. В связи с этим в рамках данной работы указанные термины используются как синонимы.

3. Правовое усмотрение осуществляется в сфере действия норм права и, как правило, базируется на их предписаниях. Это предполагает, что решение должно приниматься субъектом на основе имеющихся у него знаний или представлений о законодательстве.

4. Внешней формой выражения усмотрения субъекта является правовое поведение.

5. Вопрос, по которому лицо принимает решение, должен обладать правовым характером. Эта черта позволяет разграничивать правовую дискрецию с иными внеправовыми видами усмотрения.

6. Реализация правового усмотрения влечет юридически значимые последствия для разрешения соответствующего вопроса (казуса, дела).

7. Усмотрение в праве является результатом соответствующей волевой интеллектуально-практической деятельности субъекта по его выработке, включающей ряд элементов. Последовательность таких элементов (этапов) образует механизм формирования усмотрения, структура которого может различаться в зависимости от вида дискреции. Важнейшими характеристиками данной деятельности, позволяющими утверждать, что в рамках нее формируется усмотрение, являются свобода принятия решения и разумность.

В зависимости от уровня абстрактности решаемого юридически значимого вопроса и степени соотнесения принимаемого решения с конкретным содержанием юридических норм предлагается выделять три типа правового усмотрения: субъективно-поведенческий, общий (базисный) и нормативный (нормативно-закрепленный) тип.

Субъективно-поведенческий тип усмотрения в праве предполагает определение лицом общего вектора собственного правового поведения. Его отличительными чертами являются следующие:

а) он основан не на конкретном содержании юридических норм, а на общих представлениях субъекта о законодательстве, правомерности или противоправности поведения;

б) в рамках субъективно-поведенческого усмотрения, в отличие от других типов, возможен выбор противоправной общей модели поведения. Однако за конкретные проявления такой модели: совершение деяний, обладающих признаками состава правонарушения или преступления, субъект должен привлекаться к ответственности;

в) высокая степень абстрактности, поскольку дискреция в данном случае не связана с решением конкретного правового казуса;

г) оно оказывает существенное влияние на другие типы усмотрения, реализуемого этим лицом, поскольку в рамках него формируются правовые поведенческие установки субъекта;

д) рассматриваемый тип усмотрения изначально присущ только физическому лицу.

Существование общего (базисного) типа усмотрения обусловлено двувариативностью, присущей любому субъективному праву: субъект имеет возможность как реализовать принадлежащее ему право, так и отказаться от его реализации. Соответственно, принимая решение, субъект выбирает только из этих

двух вариантов. Тем не менее по сравнению с субъективно-поведенческим типом базисное усмотрение более конкретно, поскольку лицу необходимо предметно понимать в рамках каких правоотношений (возникших в связи с тем или иным вопросом) оно наделено субъективными правами, а также какими юридическими нормами это закреплено. В общем типе усмотрения правовые поведенческие установки, сформированные в рамках субъективно-поведенческой дискреции, преобразуются в положительные или отрицательные решения лица по поводу использования принадлежащих ему субъективных прав, что отражает уровень его правовой активности.

Наиболее конкретным является нормативный тип усмотрения — решение определенного правового казуса на основе положений, содержащихся в юридических нормах. В работе сделан акцент на изучении данного типа дискреции, поскольку он в большей степени поддается корректировке посредством изменения правовых норм, нежели предыдущие.

В работе предлагается классификация по различным основаниям нормативного типа усмотрения, ориентированная на более полное раскрытие его сущности. В зависимости от способа закрепления права на осуществление нормативного усмотрения следует выделять: конкретно-нормативный вид (усмотрение основывается на положениях одной нормы); институциональный (усмотрение основывается на системе норм, образующих правовой институт) и компетенционный (основой дискреции выступает значительная группа норм права, устанавливающих статус и компетенцию субъекта, реализующего усмотрение).

В зависимости от субъекта, реализующего дискрецию, предлагается различать индивидуальное (единоличное, единичное) усмотрение, т.е. решение, принимаемое одним лицом, и коллективное (коллегиальное). Во втором случае единое решение по делу формируется несколькими субъектами в определенном порядке, например, коллегиальным составом суда.

Положив в основу классификации сферу юридической деятельности, в которой реализуется усмотрение, можно выделить основные его разновидности: правотворческое (включая законотворческое), правоприменительное, судебное, правореализационное, интерпретационное, научное.

По такому критерию как степень свободы выбора субъектом вариантов поведения, следует разграничивать: абсолютно-определенный вид усмотрения, когда решение выбрано из точно закрепленного перечня вариантов; относительно-определенный вид — выбор, осуществленный в установленных нормой права пределах; свободно-вариативный вид, который возможен лишь в случаях, если правовая норма допускает и иные варианты решений (открытые перечни), помимо прямо предусмотренных, либо содержит лишь общие требования к принимаемому решению, оставляя его формулирование на усмотрение субъекта.

Кроме того, предлагается различать простое усмотрение (микроусмотрение), не имеющее в своем составе решений, обладающих самостоятельным значением (например, отдельно оформленных), и комплексное усмотрение (макроусмотрение) — решение сложного юридического дела, базирующееся на системе результатов предшествующих простых усмотрений.

Некоторые из перечисленных оснований классификации нормативного типа усмотрения можно применять и к другим типам, если это не противоречит их сущности.

Таким образом, правовое усмотрение — это результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного) — выбранное на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженное в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной и правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта.

Во **втором параграфе** *«Объективные и субъективные причины усмотрения в праве: комплексный анализ»* изучается комплекс факторов, обуславливающих существование правового усмотрения.

Все причины существования усмотрения в праве следует разделять на две категории: объективные (неустранимые) и субъективные (корректируемые).

По мнению автора, к числу объективных причин правового усмотрения относятся: исторические, сущностно-правовые, причины, обусловленные сложившейся правовой системой.

Исторические причины существования усмотрения в праве связаны с преобразованием присущей внутренне человеку свободы выбора способов ответа на внешние раздражители в усмотрение. Это происходит, когда к свободе добавляется второе необходимое условие — разумность. Такое преобразование идет параллельно этапам исторического пути, который проходит человечество: дикость, варварство и цивилизация. В догосударственную эпоху усмотрение субъекта в решении важнейших, в том числе значимых для социума, вопросов еще не обладает правовым характером, поскольку базируется не на праве, а на обычаях. С возникновением государства, появлением и усилением примата права над другими регуляторами общественных отношений социальное усмотрение по регулируемым юридически вопросам преобразуется в правовое.

Сущностно-правовыми причинами существования юридического усмотрения являются такие важнейшие присущие праву черты, как государственно-волевой характер и нормативность.

Возведение государством в закон воли всего общества или отдельных социальных групп предполагает наличие усмотрения, прежде всего правотворческого. Государству в лице соответствующих органов и должностных лиц необходимо принимать решения о том, какие общественные отношения нуждаются в правовом регулировании и как в принимаемых нормативных правовых актах соблюсти баланс интересов различных социальных групп. Из этого же качества права проистекают и различия в уровне свободы правореализационной, в том числе правоприменительной, правоинтерпретационной дискреции определенных субъектов. Государство в принятых законодательных актах выражает свою позицию относительно того, каким субъектам необходимо предоставить большую свободу усмотрения, а каким ужесточить пределы дискреции.

Нормативность права предполагает, что этот важнейший регулятор общественных отношений по большей части состоит из норм-правил поведения. Специфической чертой правовой нормы является то, что она представляет собой предписание общего характера. Известная абстрактность правила поведения, содержащегося в правовой норме, позволяет использовать его не к разовому отношению между конкретными лицами, а к неопределенному множеству отношений и лиц, подпадающих под закрепленные в правовой норме условия. Эта

же черта юридической нормы наделяет субъекта, ее реализующего, определенным уровнем свободы в принятии решений, связанных, в частности, с установлением юридических фактов (составов), правовой квалификацией, толкованием нормы права. При соблюдении других условий наличие свободы свидетельствует о том, что решения субъекта по названным вопросам являются правовым усмотрением.

Причины, обусловленные сложившейся в обществе правовой системой, приводят к формированию у усмотрения в праве, как общеправового явления, определенной специфики. Анализ ключевых свойств, присущих правовым системам, входящим в одну из основных правовых семей: континентального права, англосаксонскую, религиозного права или традиционного (обычного) права, позволяет сделать вывод, что указанные свойства влияют, в большей мере, на уровень насыщенности права усмотрением, а также на степень его свободы в данном обществе и на распределение дискреционных прав между различными субъектами (например, между органами законодательной, исполнительной и судебной власти).

Названные объективные причины обуславливают существование как нормативного типа усмотрения, так и субъективно-поведенческого, а также базисного типов.

Субъективные причины предопределяют, прежде всего, возникновение условий для отдельных проявлений нормативного типа усмотрения. Следует оговориться, что включение соответствующих факторов в данную группу связано с их зависимостью от действий субъекта, однако таким субъектом не обязательно должно быть лицо, реализующее усмотрение. По сравнению с объективными причинами правового усмотрения субъективные более конкретны: они обуславливают не столько существование названного явления в целом, сколько возможность действовать по усмотрению в определенных ситуациях и уровень свободы такого усмотрения. С учетом того, что субъективные причины связаны с действиями определенных лиц, то их можно корректировать, устраняя дискрецию по каким-то вопросам или уменьшая (увеличивая) ее свободу.

В качестве субъективных причин существования усмотрения в праве можно выделить: целенаправленное закрепление возможности усмотрения законодателем, выбранный субъектом правотворчества тип правового регулирования, наличие конкурирующих правовых норм, допущенные пробелы в праве, юридические коллизии, а также иные ошибки правотворческой техники. Представляется допустимым говорить о существовании «положительных» (преимущественно первые три причины) и «отрицательных» субъективных причин правового усмотрения. В первом случае, правовая дискреция есть желаемый результат предпринятых субъектом действий, а во втором — побочный негативный.

В третьем параграфе «Пределы правового усмотрения» предлагается их определение, классификация, а также проводится анализ правовых, морально-правовых и внеправовых границ усмотрения в праве.

В наиболее общем виде пределы усмотрения в праве понимаются как границы, с одной стороны, отделяющие его от иных видов внеправового социального усмотрения, а с другой — обеспечивающие его правомерность.

Пределы усмотрения в праве разграничены: на внутренние и внешние; количественные и качественные. Внутренними пределами являются установленные правовыми нормами законные варианты поведения, из которых производится выбор, внешними — те требования, которые предъявляет

законодательство к правомерности принимаемых решений (соблюдение законности и правопорядка, прав и свобод человека и гражданина, запретов; соответствие решению принципам права, нормам-целям и т.п.). В большинстве случаев внутренние и внешние пределы действуют совместно. Количественные пределы определяют меру для каждого возможного варианта поведения (например, нижние и верхние границы штрафов, срока ограничения или лишения свободы и т.д.), а качественные — отделяют правомерные варианты поведения от неправомерных.

В зависимости от сферы, в которой существуют границы правового усмотрения, они поделены также на три вида: правовые, морально-правовые и внеправовые. Выделение морально-правовых пределов в отдельный вид связано с тем, что право, используя соответствующие нравственные категории, не всегда раскрывает их содержание, оставляя возможность обращения к соответствующим нормам морали. Моральные нормы, обладающие неписанным характером, допускают большее количество трактовок и текущих корректировок, чем правовые. Это приводит к тому, что морально-правовые пределы имеют некоторую условность, так как содержание закреплённой в законе нравственной категории, ограничивающей усмотрение, может измениться в короткий срок.

Внеправовые пределы включают факторы экономического, культурного, политического, социального и иного внеправового характера, ограничивающие возможность субъекта осуществлять правовое усмотрение.

Таким образом, под пределами правового усмотрения предлагается понимать правовые, морально-правовые и внеправовые (экономические, политические, социальные и др.) границы, в рамках которых допустима дискреция, а выбранное и реализуемое субъектом решение будет являться правомерным.

Основными правовыми пределами усмотрения являются следующие. Во-первых, законность и правовой порядок, выступающие в качестве общей универсальной внешней границы дискреции.

Во-вторых, нормативно закреплённые границы усмотрения по определенным вопросам. В число нормативно закреплённых пределов включаются: принципы права, нормы-цели, закрытые (исчерпывающие) перечни вариантов действия, прямые запреты, сервитуты, уточнения, относящиеся к оценочным категориям, исключения (как правило, нормы изъятия).

В-третьих, ограничителем правового усмотрения выступают коллизионные нормы и разработанные правила преодоления пробелов в праве. Данные пределы применимы, прежде всего, к тем проявлениям дискреции, существование которых обусловлено соответствующими субъективными причинами (правовыми коллизиями и пробелами в праве).

В-четвертых, компетенционные пределы, распространяющиеся на усмотрение определенных органов и должностных лиц. Их особенность заключается в том, что полномочия, которыми наделяются соответствующие органы и должностные лица, носят дуалистический характер «право-обязанность». В связи с этим полномочие, законодательно определенное как «право», находится в неразрывной связи с определенной должностной обязанностью.

В-пятых, границей правового усмотрения выступает и официальное толкование норм права, данное уполномоченным органом. Однако следует учитывать, что сам результат толкования зависит от усмотрения субъекта-интерпретатора.

В-шестых, пределами усмотрения в праве могут выступать устоявшиеся типовые решения, сложившиеся в юридической практике.

В четвертом параграфе с соответствующим наименованием анализируется *усмотрение в публичном и частном праве*.

Специфические черты, характеризующие частное и публичное право, детерминируют наличие особенностей у дискреции, реализуемой в частноправовой или публично-правовой сфере.

Одна из ключевых характеристик, различающаяся у частного права и у публичного, — процесс формирования. Частное право формируется от отношения к норме: государству необходимо найти уже сложившееся общественное отношение, нуждающееся в правовой форме, и зафиксировать его. Процесс формирования публичного права иной — от нормы к отношению, что предоставляет государству возможность более свободно создавать публично-правовые нормы (И.Ю. Козлихин).

Существующие отрасли права обладают специфическим сочетанием публично-правовых и частноправовых начал и в зависимости от преобладания одного из них условно дифференцируются на публично-правовые и частноправовые.

Усмотрение в частноправовых отраслях характеризуется большей свободой в сфере правореализации и меньшей в области правотворчества. Меньшая свобода усмотрения субъекта, осуществляющего правотворческую деятельность, в процессе разработки частноправовых норм, обусловлена тем, что он, как правило, ограничен уже сложившейся в обществе моделью общественных отношений.

В частноправовой сфере в большей мере проявляются субъективно-поведенческий и базисный тип усмотрения, по сравнению с публично-правовой сферой; правореализационный вид усмотрения преобладает над правоприменительным и судебным; широко представлена свободно-вариативная разновидность нормативной дискреции; установлены менее строгие пределы усмотрения. Несмотря на то, что законотворческое, правоприменительное и судебное усмотрение базируются на публично-правовых нормах, можно выделить их подвиды, реализуемые в частном праве, при условии создания или применения соответствующих материальных норм.

Особенности усмотрения в публично-правовых отраслях, обусловлены тем, что нормы этих отраслей направлены на защиту интересов государства и общества в целом. Субъективно-поведенческий тип усмотрения в публичном праве ограничен более жесткими пределами. Базисный тип дискреции в публично-правовых отраслях базируется на сопоставимом объеме субъективных прав, однако проявляется не столь явно, как в частном праве (ввиду наличия связки «право-обязанность», характеризующей полномочия государственных органов и должностных лиц).

Нормативный тип усмотрения в публичном праве характеризуется более широкой свободой законотворческой дискреции и большими ограничениями правоприменительного, судебного и правореализационного усмотрения. По степени свободы выбора субъектом вариантов поведения в публично-правовых отраслях преобладают абсолютно-определенный и относительно-определенные виды усмотрения. Для публичного права характерен способ закрепления дискреционных полномочий, который образует компетенционный вид усмотрения.

С учетом отмеченных особенностей дискреции в частноправовых и публично-правовых отраслях можно сделать следующие выводы: во-первых, юридическое

усмотрение присутствует как в частном, так и в публичном праве; во-вторых, структура усмотрения (специфическое сочетание реализуемых типов и видов усмотрения) в частноправовых и в публично-правовых отраслях различна; в-третьих, степень свободы одних и тех же типов и видов дискреции индивидуальна для каждой отрасли права.

Глава вторая «Усмотрение в сфере правотворчества» разделена на четыре параграфа, посвященных специфике правотворческой дискреции, ее пределов, а также вопросам усмотрения при систематизации нормативных правовых актов, определении целей законодательных актов и выборе средств их достижения.

В **первом параграфе «Усмотрение в законотворческой деятельности: понятие и специфика»** исследуются характерные особенности реализации усмотрения в рамках важнейшей составляющей правотворческой деятельности — законотворчества, формулируется дефиниция законотворческого усмотрения и более общая — правотворческого усмотрения.

Значимыми критериями, позволяющими разграничить законотворчество и правотворчество в контексте исследования усмотрения, являются: объем деятельности; круг субъектов, ее осуществляющих; роль указанных процессов в общем комплексе выполняемых субъектом функций; значение полученных результатов.

Автор исходит из того, что законотворческое усмотрение реализуется коллективным субъектом, который можно обозначить как «законодатель». Формирование законотворческой дискреции включает три процесса, которые могут осуществляться разными субъектами: инициирование принятия закона; разработка его проекта; принятие закона (собственно законодательный процесс). Выдвижение идеи принятия закона и разработка его первоначального проекта может осуществляться широким кругом субъектов (объединения предпринимателей, общественные организации и т.д.) за пределами регламентированного Конституцией РФ и другими нормативно-правовыми актами законодательного процесса. В связи с этим понятие «законодатель» следует рассматривать шире, включая в него не только органы, задействованные в законодательной процедуре, но и инициаторов принятия закона, а также разработчиков его проекта.

«Широкое» понимание законотворческого процесса должно способствовать справедливому распределению ответственности за усмотрение, выраженное в принятом неэффективном законе, между всеми субъектами, входящими, в данном случае, в коллектив законодателей. Основными вариантами распределения ответственности можно считать: во-первых, исключительную ответственность законодательных органов; во-вторых, распределение ответственности между законодательным органом и сторонним «автором» (инициатором) закона пропорционально степени участия в работе над законопроектом; в-третьих, преимущественная ответственность сторонних «авторов» (инициаторов) закона.

Механизм формирования законотворческого усмотрения включает в качестве элементов выводы по следующим вопросам:

- 1) о необходимости правового регулирования определенной группы общественных отношений;
- 2) об очередности правового регулирования различных социальных отношений;

- 3) о способе влияния разрабатываемого закона на целевые отношения (прямое, опосредованное);
- 4) об оптимальной степени детализации норм разрабатываемого закона;
- 5) о типе и способах правового регулирования, положенных в основу будущего закона;
- 6) технико-юридические вопросы (структура закона, необходимость прямого определения целей закона и используемых терминов, и др.).

Таким образом, законотворческое усмотрение представляет собой основанные на общих принципах права и положениях Основного закона решения законодателя по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, нашедшие отражение в принятом законе.

Под более общим правотворческим усмотрением следует понимать основанные на общих принципах права, положениях Основного закона и текущего законодательства решения законодателя либо иного субъекта, которому делегированы правотворческие полномочия, по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, принятые в пределах компетенции соответствующего субъекта и нашедшие отражение в законе или подзаконном нормативно-правовом акте.

Основные отличия правотворческого усмотрения от законотворческого:

- 1) форма выражения — правотворческая дискреция может выражаться не только в форме закона, но и в форме других нормативно-правовых актов (либо иных источников права);
- 2) круг субъектов — количество лиц, реализующих правотворческую дискрецию, значительно больше числа лиц, осуществляющих законотворческое усмотрение (даже с учетом широкой трактовки термина «законодатель»);
- 3) наличие пределов, не распространяющихся на законотворческое усмотрение, но действующих в отношении иной правотворческой дискреции.

Во **втором параграфе** *«Правовые и внеправовые пределы усмотрения субъекта правотворчества»* рассматриваются границы дискреции, специфичные для сферы правотворчества, либо обладающие в этой сфере особым содержанием.

Количество и содержание ограничений зависит от уровня правотворчества, определяемого по юридической силе его результатов, и статуса субъекта, его осуществляющего. Для правотворческого усмотрения, и в особенности для законотворческой дискреции, характерно преобладание внешних пределов. К числу внутренних пределов правотворческого усмотрения, фактически, можно относить лишь правила законодательного процесса или процедуру разработки и принятия иного нормативно-правового акта. В общем объеме внутренние пределы занимают малую часть, поскольку значительная доля правотворческого усмотрения может реализоваться еще до начала указанных процедур.

Законность и правовой порядок, как универсальный правовой предел усмотрения, распространяется и на правотворческую дискрецию. Применительно к рассматриваемому виду усмотрения требования законности и правового порядка предполагают, что должны приниматься решения о создании таких норм права, которые будут обеспечивать нормальное функционирование механизма правового

регулирования, а их реализация будет способствовать упорядочению общественных отношений на основе правовых предписаний. Разработка и принятие неэффективных правовых норм, норм дестабилизирующих существующую систему социальных отношений, если это явилось следствием несоблюдения правил правотворческого процесса, должны оцениваться как нарушение соответствующего предела.

Особый комплекс пределов правотворческого усмотрения составляют положения Конституции РФ. В данном комплексе следует выделить две группы: собственно нормы Конституции РФ, и положения, производные от конституционных норм.

Включение всех норм Основного закона России в первую группу обусловлено тем, что Конституция РФ обладает высшей юридической силой, а следовательно — на территории государства не должны приниматься какие-либо нормативно-правовые акты, содержание которых противоречит конституционным положениям. В данной группе можно выделить преодолимые пределы (положения статей, содержащихся в главах 3–8 Конституции РФ) и непреодолимые (положения статей, расположенных в главах 1, 2 и 9 Конституции РФ). Критерием такого разграничения является возможность или невозможность внесения изменений в соответствующие статьи Основного закона России без пересмотра Конституции в целом.

Следует акцентировать внимание на таких положениях Конституции РФ, ограничивающих правотворческое усмотрение, как исчерпывающий перечень субъектов, наделенных правом законодательной инициативы; требование о необходимости согласования отдельных законопроектов; обязательность рассмотрения Советом Федерации федеральных законов, принятых Государственной Думой по определенным вопросам; дифференциация процедур принятия и юридической силы федеральных конституционных законов и федеральных законов; разграничение предметов ведения между Российской Федерацией и ее субъектами.

К числу пределов правотворческого усмотрения, производных от конституционных положений, относятся:

- 1) приоритет общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров над правилами, установленными внутригосударственными законами;
- 2) постановления Конституционного Суда РФ.

Отдельной разновидностью правовых пределов правотворческого усмотрения являются принципы права (общие, межотраслевые, отраслевые). Они должны выступать ориентирами для субъектов, разрабатывающих и принимающих нормативно-правовые акты.

Наряду с рассмотренными специфическими пределами правотворческой дискреции на нее распространяются и общие правовые, морально-правовые и внеправовые границы усмотрения в праве.

Специфическим внеправовым пределом, ограничивающим правотворческое усмотрение, является общественное мнение о праве. Как граница правотворческой дискреции общественное мнение обладает следующими особенностями:

- 1) двойственным объективно-субъективным характером. Существование общественного мнения о праве объективно, но решение о том, учитывать его в

процессе правотворчества или игнорировать, принимает соответствующий субъект;

2) двойственный ограничительно-разрешительный характер. Общественное мнение может как подталкивать к принятию определенных правотворческих решений, так и ограничивать субъекта в этом;

3) условность данного предела, обусловленная изменчивостью общественного мнения о праве и возможностью манипулировать им.

Таким образом, пределы правотворческого усмотрения представляют собой комплекс правовых, морально-правовых и внеправовых (социальных, финансово-экономических, политических) ограничений, соблюдение которых законодателем или иным субъектом правотворческой деятельности обеспечивает высокую эффективность процесса разработки и принятия правовых норм, а также правореализационный потенциал его результатов.

В третьем параграфе *«Усмотрение при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения»* автор исходит из того, что решение этих вопросов играет важную роль в обеспечении эффективности законодательства.

Определение цели, подлежащей прямой или косвенной (без четкой словесной формулировки) фиксации в нормативно-правовом акте, должно учитывать сложившуюся в науке управления классификацию на разделяемые (исполнителями) цели, сопутствующие и неразделяемые. Наиболее полно субъектами права будут реализовываться те нормативные правовые акты, которые ориентированы на достижение разделяемых этими субъектами целей, либо достижение генеральной цели обеспечено грамотным определением сопутствующих. Это правило распространяется не только на юридические цели, но и на ожидаемые результаты реализации законодательных актов, носящие смешанный характер (экономико-правовой, социально-правовой, политико-правовой и т.д.).

Формирование усмотрения в вопросе установления цели конкретного нормативно-правового акта включает несколько уровней соответствующих иерархичной системе целей, существующих в праве. Высшим уровнем является цель действия права в целом — достичь упорядоченного состояния общественных отношений, основанного на правовых нормах. Второй уровень — определение цели принятия нормативно-правового акта: например, продемонстрировать важность для государства определенной группы общественных отношений, показать учет общественного мнения в работе законодательных органов и т.д. Третий уровень — предполагаемые результаты реализации принимаемых правовых норм. Четвертый уровень — цели деятельности субъектов (государственных и муниципальных органов, организаций, должностных лиц), работа которых регламентируется данным законом. Формулируя цель любого конкретного законодательного акта, находящегося в разработке, следует стремиться к сбалансированному сочетанию в ней ожидаемых результатов разного уровня.

Типичными ошибками в определении целей нормативных правовых актов являются: несогласованность цели вновь принятого акта с комплексом целей всего механизма правового регулирования; формулирование мнимых целей, которые не могут быть достигнуты исключительно за счет правовых средств, использование которых предполагает нормативно-правовой акт (зачастую, умышленное указание

мнимых целей маскирует подлинные ожидаемые результаты реализации «непопулярных» у населения нормативно-правовых актов); установление нереальной цели, недостижимой в существующих условиях.

Определение цели законодательного акта находится в неразрывной связи с выбором правовых средств ее достижения. Формирование решения об использовании того или иного комплекса правовых средств должно проходить через ряд этапов. Это, во-первых, определение круга правовых средств, использование которых потенциально может привести к достижению поставленной цели. Во-вторых, оценка эффективности выбранных на первом этапе правовых средств и их отбор по данному критерию. При оценке субъекту следует учитывать такие условия, как уровень общей и правовой культуры общества, правового сознания членов тех социальных групп, которые являются основными адресатами принимаемого законодательного акта; влияние сопутствующих внеправовых условий на эффективность средств; возможность использования различных правовых средств в одной системе. На третьем заключительном этапе необходимо оценивать пригодные правовые средства на основе морально-правовых критериев.

В диссертации приводятся разнообразные примеры реализации усмотрения при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения, а также допускаемых при этом ошибок.

В целом правотворческую дискрецию при определении целей и правовых средств законодательных актов можно определить, как комплекс взаимосвязанных и взаимообусловленных решений, выраженных в конкретных действиях субъекта правотворческой деятельности, направленных на определение, формулирование и фиксацию иерархичной системы реальных, истинных, общественно полезных целей принятия нормативно-правового акта, а также на подбор и закрепление достаточных, эффективных средств их достижения.

Включение во вторую главу **четвертого параграфа** «*Правовое усмотрение в процессе систематизации нормативных правовых актов*», посвященного анализу проявлений дискреции в рамках названного процесса, обусловлено неразрывной связью процесса систематизации с правотворчеством. Рассмотрение названного вопроса основывается на устоявшейся в науке точки зрения, согласно которой систематизация законодательства осуществляется в виде инкорпорации, консолидации и кодификации.

Взаимосвязь систематизации нормативно-правовых актов и правотворчества предопределяет ряд факторов. Во-первых, предметом деятельности по систематизации нормативных правовых актов выступают результаты правотворчества. Во-вторых, систематизация законодательства (заключительный этап), как правило, осуществляется теми же субъектами, которые принимали соответствующие нормативно-правовые акты, нуждающиеся в упорядочении. В-третьих, деятельность по систематизации законодательства, помимо упорядочивающих операций, включает в себя элементы правотворчества. В-четвертых, систематизация законодательства и «чистое» правотворчество могут выступать альтернативными средствами достижения целей (например, устранения некоторых коллизий).

Первоначальным элементом является решение о проведении систематизации нормативно-правовых актов и определение исполнителей. Зачастую, данное решение принимается коллективно, поскольку требует согласованности позиций

инициаторов и исполнителей. Важный аспект принимаемого решения — пределы систематизации, т.е. определение объема нормативно-правовых актов, подлежащих упорядочению.

При выборе сферы общественных отношений, в которой будет осуществляться систематизация, следует исходить из следующих обстоятельств: наличия большого количества нормативных правовых актов, регулирующих соответствующую сферу; их слабой упорядоченности; из количества юридических коллизий и иных недостатков, обусловленных бессистемностью законодательства; из наличия сложностей при осуществлении правотворчества, толкования юридических норм и правоприменения, обусловленных состоянием законодательства. Существование названных факторов должно рассматриваться в качестве важнейшего довода в пользу решения о систематизации нормативных правовых актов, действующих в определенной сфере отношений.

Принятие решения о систематизации законодательства предполагает возможность сравнения ее эффективности и эффективности «чистого» правотворчества для достижения поставленных целей.

Следующим элементом является усмотрение относительно вида систематизации нормативных правовых актов. Осуществление каждого вида: кодификации, консолидации и инкорпорации имеет как положительные черты, так и недостатки. При выборе вида систематизации законодательства субъекту необходимо обеспечить сбалансированное сочетание перманентности и результативности.

Для федеративных государств может быть актуальным вопрос о том, должна ли систематизация носить всеобщий характер или целесообразнее ее проведение на одном из уровней (федеральном, региональном или местном). В работе приведен ряд примеров демонстрирующих, что систематизация на федеральном и региональном уровнях в России не синхронизирована и в некоторых субъектах РФ осуществляется более активно, чем на федеральном уровне.

Таким образом, усмотрение уполномоченного субъекта при осуществлении систематизации законодательства заключается в решении комплекса вопросов о необходимости упорядочения нормативных правовых актов, действующих в определенной сфере общественных отношений; о виде систематизации, ее объеме и уровне (общий, федеральный, региональный, муниципальный), а также о сроках и исполнителях данной работы.

Третья глава «Усмотрение в правоприменительной деятельности» состоит из пяти параграфов, в которых изучаются проблемы реализации дискреции в правоприменении.

В **первом параграфе «Понятие правоприменительного усмотрения и механизм его формирования»** рассматривается специфика данного вида дискреции, анализируются этапы принятия решения и степень их влияния на итоговый вывод.

Исходя из общей дефиниции правового усмотрения, сформулированной в первой главе, правоприменительное усмотрение можно определить, как результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта, осуществляющего функцию правоприменения, представляющий собой выбранное на основе предписаний правовых норм решение по юридически значимому вопросу и выраженное в определенном правоприменительном акте. Специфику данному виду усмотрения придают присущие применению права свойства: стадийность, процедурная форма, властно-императивный характер.

Регламентация правоприменительной деятельности процессуальными нормами позволяет в определенной степени корректировать пределы нормативное правоприменительное усмотрение, в первую очередь, его конкретно-нормативную и институциональную разновидности. Однако возможности такой корректировки ограничены, поскольку основой усмотрения правоприменителя является не только конкретное дискреционное полномочие, но и другие факторы: определенная степень абстрактности применяемых правовых норм; реализация в правоприменительной деятельности компетенционной разновидности усмотрения; характер элементов правоприменительного процесса.

Механизм формирования правоприменительного усмотрения включает элементы-усмотрения (предварительные решения, не обладающие самостоятельным значением), соответствующие этапам процесса применения права.

Первый элемент — выводы, которые правоприменитель делает в процессе установления фактических обстоятельств дела. В рамках данного элемента необходимо совершить следующие действия: определить круг обстоятельств, составляющих фактическую основу дела (предмет доказывания); выбрать должную степень активности субъекта, осуществляющего применение права; подобрать оптимальные способы поиска и фиксации обстоятельств, имеющих значение для дела; провести проверку и оценку доказательств на предмет их относимости, допустимости, достоверности и достаточности всей совокупности доказательств. Даже в процессуальных отраслях права характер регламентации перечисленных вопросов таков, что предоставляет правоприменителю широкий спектр вариантов возможных решений.

Второй элемент — выводы, связанные с юридической квалификацией дела. Нормативность, являющаяся одной из причин правового усмотрения, предопределяет дискреционность названного элемента правоприменения. Это обусловлено тем, что при выборе нормы права, подлежащей применению, осуществляется определение тождества между заложенной в норме моделью поведения, обладающей большей или меньшей степенью абстрактности, и установленным фактическим деянием. Выявление названного тождества — сложный мыслительный процесс, зависящий от субъекта (индивидуального или коллективного), его осуществляющего.

Третий элемент — решения, принимаемые при проверке и толковании выбранной нормы права. Проверка нормы права, подлежащей применению, включает оценку ее юридической силы, определение пределов ее действия в пространстве, времени и по кругу лиц. В современных условиях на осуществление проверки влияет два разнонаправленных фактора: резкое увеличение количества нормативно-правовых актов и усложнение системы законодательства, затрудняющие проверку подлежащих применению правовых норм; развитие технических средств и информационных систем, упрощающих работу с огромным массивом законодательных актов.

Четвертый элемент — выбор варианта решения юридического дела и вынесение правоприменительного акта. Правовое воздействие, направленное на ограничение правоприменительного усмотрения, стремятся оказать на данный элемент, уменьшая количество возможных вариантов решения. Это не всегда приводит к ожидаемому результату, поскольку значительная часть той интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта, формирующей

итоговое решение по делу, относится не столько к выбору одного варианта из предложенных альтернатив, сколько к предыдущим элементам.

Пятый элемент связан с реализацией принятого решения (исполнением правоприменительного акта).

Изложенное позволяет определить механизм формирования правоприменительного усмотрения как систему взаимосвязанных действий и (или) выводов правоприменителя, последовательно осуществляемых на стадиях процесса применения права, каждое из которых в определенной степени детерминирует выбор итогового решения по делу и его исполнение.

Во **втором параграфе** *«Усмотрение в процессе толкования правовых норм»* автор исходит из того, что интерпретация юридических норм не только обязательный элемент правоприменительного процесса, но и деятельность, которая может обладать самостоятельным значением.

Обстоятельствами, дополнительно обуславливающие необходимость толкования правовых норм, являются: системный характер права; резкое увеличение количества нормативно-правовых актов (может быть как формальным, так и содержательным); «отставание» правовых норм от меняющихся общественных отношений; использование новой терминологии, в том числе заимствованной из других сфер жизни; погрешности, допущенные при разработке нормативно-правовых, включая излишнюю абстрактность или избыточную конкретизацию содержащихся в них норм.

С учетом того, что толкование нормы права может включать только уяснение ее смысла (как правило, при осуществлении интерпретации самим правоприменителем), либо сочетание уяснения с разъяснением, усмотрение интерпретатора носит однокомпонентный (уяснительный) или двухкомпонентный (разъяснительный) характер. В случае реализации двухкомпонентного усмотрения интерпретатором, наделенным полномочиями официального толкования законодательства, его результаты являются пределами правового усмотрения иных субъектов.

В процессе толкования может устанавливаться не только смысл правовой нормы, но и такие обстоятельства, как цель ее принятия, социальная направленность, место в системе права, подлинная воля законодателя, заложенная в норму, социальные, экономические, политические и другие внеправовые условия принятия юридической нормы. Совокупность обстоятельств, подлежащих установлению в каждом конкретном случае, образует «предмет выяснения», зависящий от усмотрения интерпретатора и влияющий на конечный результат процесса толкования (в том числе, на принимаемые правоприменительные решения). Данные выводы в диссертации иллюстрируются соответствующими примерами толкования норм жилищного права и уголовно-процессуальных норм.

Наряду с определением предмета выяснения, усмотрение интерпретатора включает в себя выбор способов (приемов) толкования или их сочетания. Способы толкования обладают различной степенью воздействия на результат, обусловленной приоритетностью использования того или иного интерпретатором. Как следствие, может различаться объем толкования: буквальный, ограничительный либо расширительный.

Таким образом, усмотрение при толковании юридической нормы представляет собой основанный на интеллектуально-практической волевой деятельности интерпретатора выбор способа (комплекса способов) толкования и

формулирование предмета выяснения, определяющих результат данного процесса. В качестве специфических ограничений данной разновидности усмотрения следует назвать следующие:

совершенствование правотворческой техники (что позволит устранить ряд сложностей толкования юридических норм);

включение в нормативно-правовые акты норм-целей, а также более четкое их формулирование;

практическое применение научных разработок по вопросам интерпретации юридических норм;

создание актов толкования более высокого уровня, которые ограничат пределы усмотрения конкретных правоприменителей при интерпретации норм права;

установление контроля и надзора за правоприменительными решениями, а также процедур их обжалования.

В третьем параграфе *«Зависимость усмотрения правоприменителя от правовой системы»* изучаются особенности реализации усмотрения в основных семьях правовых систем.

Включение наряду с правом, являющимся стержневым элементом, в правовую систему общества большого количества составляющих, охватывающих правотворческую и правоприменительную деятельность, реализацию права в иных формах, юридическую практику, правосознание, правовые акты-документы (нормативные, правоприменительные, интерпретационные), правоотношения (С. С. Алексеев, Н. И. Матузов), — означает неповторимость правовой системы каждого социума, а следовательно, существование большого количества правовых систем. В рамках исследования усмотрения в праве целесообразно акцентировать внимание на основных характеристиках правовых систем (пути формирования и развития права, унифицированности юридической терминологии и т.д.), по которым они группируются в правовые семьи.

Правовые системы романо-германской семьи характеризует то, что норме права в них придается первостепенное значение, которая обладает определенной степенью абстрактности и рассчитана на многократное применение. Именно такой абстрактностью юридической нормы и связанной с ней спецификой процесса юридической квалификации обусловлено правоприменительное усмотрение в данных правовых системах.

Еще одной чертой, свойственной романо-германским правовым системам, является наличие единой иерархически построенной системы нормативно-правовых актов, главенствующую роль в которой играют законы. Это означает, что правоприменители, как правило, не реализуют правотворческого усмотрения, а в случае наделения их соответствующими полномочиями, свобода их реализации существенно ограничена (делегированное и подзаконное нормотворчество, либо инициирование принятия законов).

Для объективного права, существующего в романо-германских правовых системах, характерна классификация норм на публично-правовые и частноправовые, что, как уже отмечалось, придает определенную специфику правовому усмотрению, реализуемому в соответствующих сферах.

Правовые системы англосаксонской семьи отличает фактически равное значение, которое в них придают таким источникам права, как судебный прецедент и нормативно-правовые акты, а в отдельных случаях источником права может признаваться и юридическая доктрина (оценивается авторитет ученого и

значение его трудов). Это означает, что объективное право в таких правовых системах состоит из «чистых» норм лишь отчасти. Другую часть составляют содержащиеся в решениях, направленных на разрешение конкретного казуса, судебные прецеденты, в которых необходимо выделить юридическое обоснование, применимое к разрешению аналогичных дел.

Названные обстоятельства наделяют правоприменителей дополнительной свободой усмотрения — в процессе юридической квалификации может использоваться не только дедуктивный метод, но и метод аналогии, не характерный для деятельности правоприменителей в романо-германских правовых системах. Кроме того, свободу усмотрения правоприменителя расширяет и тот факт, что не во всех случаях реализуется «жесткое» правило действия прецедента (его обязательность и неизменность). В частности, Верховный Суд США в своей деятельности не считает себя связанным собственными прецедентами.

Использование судебного прецедента в качестве источника права означает, что определенная группа правоприменителей (как правило, судебные органы) реализует усмотрение, сочетающее правоприменительный и правотворческий элементы. С учетом необходимости выделения *ratio decidendi* при применении прецедентных «норм», можно говорить о наличии правотворческого усмотрения не только у субъекта, создающего прецедент, но и субъекта, его устанавливающего (по сути, у всех правоприменителей).

Объективное право в англосаксонских правовых системах включает «общее право» и «право справедливости». Учитывая специфику процесса формирования указанных частей, следует отметить, что право справедливости представляет правоприменителю большую свободу дискреции, поскольку изначально оно базировалось на внеправовых оценочных категориях справедливости и совести, а также обладает более простой процедурной формой.

Правовая семья религиозного права включает более мелкие общности правовых систем, объединенных по религиозному критерию: системы мусульманского права, индусского права и иудейского права. Особенности правовых систем религиозного права, влияющими на правовое усмотрение правоприменителей, являются следующие:

- 1) высокий уровень влияния религиозного права на развитие позитивного права соответствующих государств, обусловленный прямым включением или упоминанием в законодательстве религиозных норм;
- 2) трансграничный характер религиозного права, поскольку оно распространяет свое действие на лиц, исповедующих соответствующую религию в разных странах;
- 3) специфика сочетания религиозного права с позитивным в соответствующих странах;
- 4) слабо развитое деление права на отрасли;
- 5) архаичность традиционных источников права.

Сильное влияние религиозного права на позитивное приводит к тому, что правоприменитель реализует усмотрение в более строгих пределах, поскольку к перечисленным нами правовым, морально-правовым и внеправовым добавляются религиозные пределы (соотнесение поведения с понятиями добродетели и греха, с религиозными ценностями). Также в правосознании лиц, реализующих нормы права, практически отсутствует противопоставление нравственных и юридических ценностей.

В правовых системах религиозного права не столь развиты пределы усмотрения, связанные с взаимным контролем законодательных, исполнительных и судебных органов (основанном на требованиях закона), но могут существовать и другие пределы — деятельность особых органов религиозного контроля.

Архаичность традиционных источников религиозного права предоставляет дополнительную свободу как правоприменителям (архаичные источники особенно нуждаются в толковании), так и правотворцам (необходимо дополнять традиционные источники нормам, соответствующим современному состоянию развития общества).

Правовые системы традиционного права в условиях глобализации, зачастую, обладают региональным или локальным характером, трансформируясь на государственном уровне в романо-германскую или англосаксонскую правовую систему с определенными особенностями. Правовые системы традиционного права характеризует большее значение, придаваемое правовому обычаю как источнику права, и обширная сфера отношений, регулируемых обычно-правовыми нормами.

Особенностью юридического усмотрения в правовых системах традиционного права является наличие у правоприменителя большей свободы интерпретационной дискреции, обусловленной слабой формализацией обычно-правовых норм. Еще одна специфическая черта — возможность правоприменителя разрешать по собственному усмотрению коллизии между нормами обычного права и нормами законов, возникающих в случае неспособности правотворческих органов обеспечить соответствие принимаемых законов существующим обычаям. Также правоприменитель в традиционных правовых системах может реализовывать и правотворческое усмотрение, если в процессе разрешения дела выявит противоречие или пробел в обычном праве, количество которых значительно. Дополнительным ограничителем усмотрения правоприменителя в рассматриваемых правовых системах выступает стремление участников общественных отношений разрешать споры внеправовыми способами и избегать использования правового принуждения.

В четвертом параграфе «Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения» рассматриваются свойства, придающие дискреции суда специфический характер.

Отличительными чертами судебного усмотрения являются следующие:

1) субъектом, реализующим данную разновидность усмотрения, может быть только носитель судебной власти (соответствующий государственный орган или должностные лица);

2) реализация судебного усмотрения возможна в рамках полномочий (функций) судебной власти, которые дифференцируются на основные (правосудие, конституционный контроль, судебный контроль, участие в законотворчестве, официальное нормативное толкование юридических норм, разрешение вопросов, отнесенных к компетенции конкретного суда) и организационные. По данному основанию можно классифицировать и судебное усмотрение;

3) судебное усмотрение формируется и реализуется в строгих процедурных формах. В зависимости от специфики названной формы можно выделять две основных группы судебной дискреции: судебное усмотрение, реализуемое в процессуальной форме определенного вида судопроизводства (конституционного, административного, гражданского, арбитражного и уголовного), и судебное

усмотрение, реализуемое в иных процедурных формах. Процессуальное судебное усмотрение, в свою очередь, включает судебное усмотрение, осуществляемое в форме правосудия, и иное процессуальное судебное усмотрение;

4) в судебном усмотрении могут сочетаться правоприменительная, правотворческая и интерпретационная составляющие. В отдельных случаях, можно говорить о существовании судебного правотворческого усмотрения (например, реализация права законодательной инициативы высшими судебными органами) и судебного усмотрения, совмещающего правоприменительное и правотворческое (судебный прецедент);

5) реализация судебного усмотрения, как правило, обусловлена усмотрением иных субъектов;

6) судебное усмотрение может ограничивать усмотрение других субъектов, что обусловлено наличием у судебной власти определенных контрольных полномочий.

Перечисленные особенности позволяют сделать вывод, что судебное усмотрение представляет собой вывод суда (судьи), сделанный в ходе его интеллектуально-практической волевой деятельности, осуществляемой в строгой процедурной форме, по вопросу, отнесенному к компетенции судебной власти, и направленный на применение, создание (при наличии соответствующих полномочий) и интерпретацию правовых норм, способный обеспечить законность правоприменительной и правореализационной дискреции иных органов, организаций, граждан и должностных лиц.

Пятый параграф *«Судебное усмотрение и судебный прецедент»* посвящен изучению соотношения названных явлений.

Судебный прецедент и более общее понятие — юридический прецедент рассматриваются в научной литературе как одна из форм права. Судебный прецедент определяется как решение, принятое высшим судебным органом по конкретному делу, которое считается обязательным для других судов при разрешении подобных дел (П.А. Гук). Названное определение позволяет выделить наиболее существенные признаки судебного прецедента и соотнести их с признаками судебного усмотрения.

Во-первых, судебный прецедент создается только высшими органами судебной власти. Аналогичный признак судебного усмотрения обладает более общим характером, поскольку реализация данного вида дискреции возможна не только высшими, а всеми органами и должностными лицами, наделенными судебной властью.

Во-вторых, создание судебного прецедента и реализация судебного усмотрения возможны только в рамках строгой юридической процедуры. Однако данное требование в отношении судебного прецедента подразумевает процедуру рассмотрения конкретных споров, т.е. процессуальную форму, а судебное усмотрение может быть реализовано и в иных процедурных формах. Данное свойство предполагает также, что судебный прецедент заключен только в форму актов правосудия, а судебное усмотрение может быть выражено и в иных судебных актах.

В-третьих, судебный прецедент обязателен (в разной степени) к применению. Судебное усмотрение, выраженное в акте суда, также обладает признаком обязательности, но несколько иного содержания.

В-четвертых, судебный прецедент подлежит обязательному опубликованию. Судебное усмотрение, выраженное в определенной форме, тоже публикуется, но несколько в ином порядке и с другими целями.

В данной части диссертации анализируются свойства решений высших судебных органов России — Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ на предмет их соответствия признакам судебного прецедента. Диссертант приходит к выводу, что, несмотря на значимость для правовой системы, акты, вынесенные указанными органами, судебными прецедентами не являются.

Признание судебных прецедентов в качестве источника права придает правоприменительному процессу определенную специфику.

1. Усмотрение суда, создающего прецедент, носит двойственный характер, сочетающий правоприменительную и правотворческую составляющие. С одной стороны, суду необходимо разрешить конкретный правовой спор, а с другой — судьи осознают, что их решения могут быть приняты за образец при разрешении аналогичных споров в будущем.

2. При применении судебного прецедента спецификой обладает такой элемент механизма формирования правоприменительного усмотрения как выбор нормы права.

3. Может отличаться процесс юридической квалификации.

Проанализировав соотношение признаков судебного прецедента и судебного усмотрения можно сделать вывод, что создание судебного прецедента — это особая разновидность усмотрения судебных органов, наделенных соответствующими полномочиями, сочетающего правоприменительный и правотворческий элементы, выраженного в форме официально опубликованного решения суда по конкретному делу, подлежащего использованию в качестве образца для разрешения аналогичных дел. Предложенное определение призвано дополнить имеющиеся знания о судебном прецеденте и не должно противопоставляться имеющимся в науке трактовкам судебного прецедента, отражающим другие стороны данного феномена.

Глава четвертая «Усмотрение субъекта права при выборе формы правового поведения» содержит три параграфа и посвящена исследованию особенностей осуществления субъектом правореализационного усмотрения и его выражения в правовом поведении.

В первом параграфе «Осуществление правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в процессе реализации правовых норм» рассматривается действие и особенности механизма формирования юридической дискреции в рамках реализации права, не связанного с применением.

Правореализационный вид нормативного усмотрения, как и субъективно-поведенческий тип дискреции, слабо изучены юридической наукой. Несмотря на то, что категория «реализация права» является достаточно устоявшейся в юриспруденции, в науке сохраняется дискуссия относительно форм, в которых происходит претворение права в жизнь. Проанализировав различные взгляды, автор исходит из распространенной в науке точки зрения, согласно которой реализация права осуществляется в четырех формах: соблюдения, исполнения, использования и применения (особая форма). Поскольку осуществление усмотрения в процессе применения права было предметом отдельного изучения, в данной части работы обратимся к соблюдению, исполнению и использованию.

Усмотрение субъекта, соблюдающего правовые нормы, обладает спецификой, обусловленной свойствами данной формы реализации права: пассивностью поведения субъекта; универсальностью; реализацией в указанной форме правовых запретов; осуществлением вне конкретных правоотношений; отсутствием, как правило, специальной фиксации.

Применительно к реализации правового усмотрения следует различать две разновидности соблюдения права: общепривычную и конкретно-волевою. В общепривычном виде соблюдаются следующие виды запретов:

а) традиционные для данного общества запреты, содержание которых известно широкому кругу лиц;

б) специфические правовые запреты, характерные для определенных сфер деятельности, соблюдаемые лицами, не являющимися постоянными участниками отношений в этих сферах;

в) специфические правовые запреты, обладающие постоянным характером и характерные для определенных сфер деятельности, соблюдаемые постоянными участниками соответствующих отношений.

Конкретно-волевой вид характерен для соблюдения новых для субъекта запретов. Он предполагает уяснение субъектом смысла установленного запрета и принятие осознанного решения об отказе от запрещенных действий. Вид соблюдения субъектом одного и того же запрета может меняться с течением времени как в одну, так и в другую сторону.

В названных видах соблюдения реализуются разные типы усмотрения. В общепривычном соблюдении реализуется субъективно-поведенческий тип усмотрения — т.е. общая правовая поведенческая установка лица на соблюдение известных ему и разделяемых им правовых запретов. Нормативный тип усмотрения при общепривычном соблюдении запретов фактически отсутствует. В конкретно-волевом соблюдении реализуется и нормативный тип усмотрения, механизм формирования которого структурно аналогичен механизму формирования правоприменительного усмотрения (с учетом существующих различий между соблюдением и применением права).

Для государства целесообразно устанавливать такие правовые запреты, которые бы легче встраивались в систему традиционных для данного общества запретов и могли бы соблюдаться в общепривычном виде.

Наиболее характерными чертами, отличающие исполнение права от предыдущей формы реализации, являются:

данная форма реализации права предполагает активное поведение субъекта;
в ней осуществляются юридические обязанности.

При исполнении юридических обязанностей реализуется нормативный тип усмотрения, в механизм формирования которого включаются такие элементы, как установление и оценка обстоятельств, составляющих фактическую основу казуса, юридическая квалификация, неофициальное толкование субъектом выбранной им правовой нормы, принятие решения и его осуществление в определенном поведении. Свобода выбора, присущая усмотрению, в значительной мере сосредоточена в первых двух элементах: в установлении фактической основы дела и в юридической квалификации.

В форме использования реализуются управомачивающие нормы. Наиболее важная с точки зрения усмотрения характерная черта использования права,

отличающая его от соблюдения и исполнения, — добровольность, т.е. субъект изначально обладает свободой выбора использовать принадлежащее ему право или отказаться от этого. Дополнительными вопросами, подлежащими разрешению, являются:

- 1) определение блага и ценности, которые можно приобрести в результате использования права;
- 2) установление соотношения собственных интересов и интересов других лиц или социума в целом;
- 3) выбор субъективного права, реализация которого позволит наиболее эффективно удовлетворить собственные интересы (если существуют альтернативные варианты);
- 4) определение комплекса действий, совершение которых позволит удовлетворить интерес.

В целом можно отметить, что в процессе соблюдения, исполнения и использования права соответствующим субъектом его юридическое усмотрение выражается в волевых действиях (бездействии), совершаемых на основе интеллектуально-практической оценки фактической ситуации и направленных на осуществление закрепленного правовой нормой запрета, юридической обязанности, субъективного права (свободы).

Во **втором параграфе** *«Реализация правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении»* акцент сделан на субъективно-поведенческом типе усмотрения, осуществление которого предполагает выбор одной из указанных моделей поведения.

Правовое поведение весьма широкое понятие, которое используют для обозначения юридически значимого поведения. Несмотря на то, что существуют точки зрения, относящие к правовому поведению только правомерные деяния субъекта, более распространенным и верным является подход, рассматривающий в качестве правового поведения весь спектр юридически значимых деяний — от правомерных до противоправных.

В качестве основных характеристик правового поведения следует выделять следующие:

- 1) высокая социальная значимость поведения;
- 2) осуществление поведения в сфере правового регулирования;
- 3) способность повлечь юридически значимые последствия;
- 4) должно обладать сознательным и волевым характером.

Направленность правового поведения лица определяется всеми типами правового усмотрения: субъективно-поведенческим, общим и нормативным, но определяющее значение для выбора общей модели правового поведения имеет субъективно-поведенческий тип.

Следует отметить, что понятие «общая модель правового поведения» используется для обозначения системы поведенческих актов субъекта, совершенных в течение длительного промежутка времени, обладающую внутренним единством, целенаправленностью и стабильностью. Употребление данного понятия более точно отражает специфику обозначаемого явления и устраняет двусмысленность, поскольку термин «правовое поведение» применяется как к длящемуся поведению, так и к единичным поступкам.

Общая модель правового поведения является устойчивым качеством индивида и может быть правомерной, маргинальной и противоправной. Она выражает субъективно-поведенческий тип усмотрения лица и формируемые в рамках него поведенческие установки. Необходимость анализа общей модели правового поведения субъекта обусловлена следующими обстоятельствами.

1. Потребностью в повышении объективности оценки каждого проявления правового поведения, например, при применении мер поощрения или взыскания.

2. Возможностью более полной оценки причин выбора субъектами девиантной формы поведения.

3. Сведения об общей модели поведения лица, длительности ее функционирования, происходивших изменениях могут использоваться при подборе кадров правоохранительных и других органов, при совершенствовании деятельности системы исполнения уголовных наказаний и в других сферах.

Механизм формирования субъективно-поведенческого типа усмотрения отличается от аналогичных механизмов нормативного типа усмотрения: во-первых, высокой степенью абстрактности принимаемого решения и отсутствием строгой привязки к конкретной ситуации; во-вторых, перманентным характером его функционирования; в-третьих, структурой.

Элементами механизма формирования субъективно-поведенческого типа усмотрения являются:

1) определение целей правового поведения;

2) оценка имеющихся и известных правовых и внеправовых (но правомерных) средств;

3) принятие решения и его реализация в общей модели правового поведения.

Первый элемент предполагает определение субъектом перспективных целей поведения, обладающих невысокой степенью конкретизации (индивидуально). Цели могут быть как правомерными, так и противоправными, но это не приводит с необходимостью к формированию соответствующей модели поведения.

В рамках второго элемента производится оценка известных субъекту правовых и внеправовых средств достижения цели с точки зрения их эффективности, доступности, наличия «побочных эффектов». С учетом того, что механизм формирования субъективно-поведенческого усмотрения функционирует постоянно, с течением времени комплекс оцениваемых средств может расширяться.

Третьим элементом является принятие субъектом решения. Здесь определяется поведенческая установка лица, на основании которой совершаются поступки, в совокупности образующие соответствующую общую модель правового поведения — внешнее выражение принятого решения.

Правомерная общая модель правового поведения может сочетать его различные разновидности: активное правомерное поведение, обычное, пассивное, конформистское. Неоднородной по своему содержанию может быть и противоправная общая модель поведения. Различают активное (антисоциальное) поведение, парциальное, ситуативное и другие виды противоправного поведения.

Особым видом общей модели правового поведения является маргинальная. Она формируется у лиц, попавших в маргинальную ситуацию: утративших прежний стабильный правовой статус (может заменяться краткосрочными статусами, содержащими как дополнительные гарантии, так и определенные ограничения);

имеющие затруднения при реализации прав и свобод; обладающие деформированным правовым сознанием. Маргинальное поведение рассматривается в качестве пограничного между правомерным и противоправным, а если анализировать общую модель поведения, то большая часть поступков будет находиться в границах правомерности. Однако проявления противоправности в поведении маргиналов присутствуют, и в зависимости от их причин можно выделять два крупных маргинальных слоя:

- 1) слой, объединяющий маргинальные группы «риска»;
- 2) слой, объединяющий асоциальные маргинальные группы.

На принятие решения в рамках субъективно-поведенческого усмотрения могут оказывать определенное влияние различные мотивы, придающие специфическую окраску реализуемой лицом общей модели правового поведения. Но в большей степени решение определяется поставленными индивидом перспективными целями и выбранными средствами их достижения.

Таким образом, под субъективно-поведенческим усмотрением следует понимать перманентное определение лицом перспективных целей собственного правового поведения, потенциальных средств их достижения, а также принятие с учетом различных мотивов решений о выборе таких средств, выражающихся в общей модели правового поведения, обуславливающей совершение отдельных юридически значимых поступков.

В третьем параграфе *«Усмотрение субъекта при выборе противоправных способов реализации права. Обход закона и злоупотребление правом»* изучается специфика усмотрения лиц, действующих в обход закона или злоупотребляющих правом.

Реализация права не исчерпывается формальным аспектом и предполагает достижение определенного социального результата, на достижение которого нацелены осуществляемые юридические нормы. Но формальное соблюдение, исполнение и использование правовых норм не всегда приводит к соответствующим результатам, что позволяет выделять такие противоправные способы реализации права, как обход закона и злоупотребление правом, причиняющие ущерб нормальному развитию общественных отношений.

Термин «обход закона» включен в современное российское законодательство в конце 2012 г., когда были приняты поправки в Гражданский кодекс РФ, но само явление известно как в отечественной, так и в мировой юриспруденции давно: различие между простым нарушением закона и имитацией его соблюдения проводили еще древнеримские юристы.

В качестве характерных свойств обхода закона можно выделить:

- 1) противоправность цели совершаемых действий (это прямо закреплено в ст. 10 ГК РФ). Наличие данного свойства у действий, совершаемых в обход закона, отмечается и в законодательстве зарубежных стран (Испания, Германия);
- 2) умышленный характер действий, совершаемых в обход закона;
- 3) выведение отношений из-под действия одних норм и включение их под действие других, более благоприятных для субъекта норм;
- 4) наличие реальной возможности реализации, отклоненных субъектом правовых норм. Не должны рассматриваться как обход закона действия субъекта, обусловленные объективной невозможностью реализовать отклоненные правовые нормы;

5) действия должны соответствовать формам реализации правовых норм, но при этом не приводить к должному социально полезному или допустимому результату.

Умышленный и целенаправленный характер действий, совершаемых в обход закона, предполагает, что в них выражается соответствующее усмотрение субъекта. Механизм формирования такого усмотрения включает две части, содержащие по сравнению со стандартным механизмом формирования правореализационного усмотрения двойное количество элементов с иным порядком расположения. Первая часть объединяет расположенные в стандартном порядке элементы: установление фактической основы дела, неофициальная юридическая квалификация, толкование и оценка правовых норм, принятие решения. Особенность первой части механизма — принятое решение о невозможности удовлетворения собственных интересов за счет реализации правовой нормы, действие которой распространяется на соответствующую ситуацию (отношение), и необходимости получения неадекватных реальной ситуации правовых средств.

Вторая часть механизма включает такие же элементы, но в ином порядке. Первоначально осуществляется выбор правовой нормы, являющейся, по мнению субъекта, более благоприятной для него. Затем производится толкование выбранной нормы, в процессе которого делается акцент на уяснение гипотезы. Это связано с тем, что в рамках функционирования второй части данного механизма формирования усмотрения адекватной юридической квалификации не проводилось, а, следовательно, субъекту необходимо уяснить, какими юридическими фактами (составами) обусловлено действие благоприятной для него нормы. Третьим элементом является установление фактической основы дела. При этом осуществляется корректировка отдельных обстоятельств, направленная на создание видимости их соответствия необходимым юридическим фактам. С учетом того, что обход закона, как правило, включает в себя комплекс действий субъекта, а значит — носит характер макроусмотрения, при корректировке фактической основы дела субъект реализует микроусмотрения (например, заключает отдельные сделки), ориентированные на общий результат. Заключительным элементом является принятие решения, выраженного в соблюдении, исполнении или использовании выбранной субъектом благоприятной правовой нормы (имитации правомерного поведения).

Обход закона характерен, прежде всего, для субъектов, реализующих право в невластных формах, но в отдельных случаях может встречаться и в деятельности правоприменителей. Отличать возможные ошибки в деятельности правоприменителей от обхода закона можно по следующим признакам: цели деятельности; объективности установления фактической основы дела; структуре механизма формирования усмотрения.

Рассмотренное позволяет определить усмотрение лица, действующего в обход закона, как комплексное правореализационное решение, направленное на достижение противоправной цели, включающее отказ от осуществления правовой нормы, подлежащей реализации, и принятие мер по корректировке фактической основы дела, обеспечивающей возможность реализации заинтересованным лицом наиболее благоприятной для удовлетворения его интересов нормы права, приводящей к искомому противоправному результату.

Еще одним противоправным способом реализации юридических норм является злоупотребление правом. Проблема недобросовестного использования субъективных прав существует давно и известна правовым системам многих стран. В современном российском законодательстве (ст. 10 ГК РФ) прямо закреплена недопустимость злоупотребления правом. В правовой науке нет единства взглядов на злоупотребление правом, которое рассматривается не только как особый вид противоправного поведения, но и как обычное правонарушение, или в качестве правомерного поведения.

Автор исходит из того, что злоупотребление правом является особым видом противоправного поведения, обладающим следующими признаками:

- 1) наличием (или реальной угрозой) вреда, причиняемого интересам других лиц, либо общества в целом;
- 2) умышленным характером;
- 3) противоправностью (существует не только общий запрет на злоупотребление правом, но и негативные санкции за отдельные проявления);
- 4) субъект может злоупотреблять лишь тем правом, которым действительно обладает. Данное свойство отличает злоупотребление правом от обхода закона, при котором субъективное право необоснованно присваивается лицом.

Механизм формирования усмотрения субъекта, злоупотребляющего правом, имеет стандартную структуру для правореализационной дискреции. Специфика его функционирования обусловлена наличием противоправной цели, влияющей на каждый элемент. Наиболее характерными для злоупотребления правом являются следующие группы целей: исключительно причинить вред другим интересам; удовлетворить потребности злоупотребляющего субъекта за счет причинения вреда интересам других лиц; несоразмерно удовлетворить интересы злоупотребляющего субъекта, проигнорировав интересы других лиц.

Специфическое усмотрение субъекта, злоупотребляющего правом, представляет собой правореализационное решение, при котором выбирается ориентированный на достижение противоправной цели вариант использования субъективного права, выражающееся в совершении незапрещенных законом действий, приводящих к причинению (реальной угрозе причинения) вреда интересам других лиц или публичным интересам.

Глава пятая «Законность и правовое усмотрение», посвященная исследованию взаимодействия названных правовых явлений, не имеет деления на параграфы.

В научной литературе, преимущественно рассматривалась взаимосвязь законности не с правовым усмотрением в целом, а с его правоприменительной или судебной разновидностью. Четко прослеживаются целые периоды развития юриспруденции, когда законность и правоприменительное усмотрение противопоставлялись друг другу. В настоящее время можно говорить о двух тенденциях в изучении правового усмотрения и его влияния на законность: с одной стороны, отмечается объективный характер данного явления, необходимость существования в судебной и иной правоприменительной деятельности; с другой — продолжается противопоставление законности и дискреции.

Законность и усмотрение в праве, представляют собой сложные многогранные правовые явления, связанные взаимным влиянием. Законность выступает в качестве универсального внешнего правового предела, распространяющегося на все типы и виды юридической дискреции.

Воздействие правового усмотрения может заключаться как в способствовании, так и в воспрепятствовании достижению состояния законности в жизни общества.

Рассматривая взаимодействие названных явлений, следует отдельно отметить, что существенное влияние на законность оказывает правотворческое усмотрение. Развитие ряда факторов, гарантирующих законность, обусловлено качеством правотворческой деятельности и соответствующим усмотрением, реализуемым в ней. Примером усиления отдельных конституционных гарантий законности явилась реализация в 2020 году инициативы Президента РФ по внесению поправок в Конституцию РФ. В данных поправках выражено коллективное правотворческое усмотрение инициатора их принятия и широкого круга субъектов, работавших над их содержанием и технико-юридическим оформлением.

Реализация правоприменительного усмотрения также может способствовать развитию гарантий законности: повышению эффективности деятельности суда, органов контроля и надзора, обеспечению качественной работы всего государственного аппарата. В частности, эффективность функционирования органов контроля и надзора связана с наличием у них сбалансированного уровня свободы правоприменительного усмотрения.

Важным аспектом законности является обеспечение ее единства. Оно связано, с одной стороны, с универсальностью требования соблюдения законодательства, распространяющегося на всех субъектов права, а с другой — с формированием единообразной практики реализации права. Достижения такого единообразия ожидают от внедрения в правоприменительный процесс современных технологий, включая технологии искусственного интеллекта, их сторонники. Наряду с безусловными достоинствами использования современных технологий в правоприменительном процессе существуют и недостатки, поскольку единообразие практики применения права не тождественно безальтернативности и стопроцентной повторяемости правоприменительных решений, которую могут обеспечить технологии. Существуют целые пласты правового регулирования, немыслимые без правового усмотрения (прежде всего правотворческим и правоприменительным). К таковым можно отнести сферы использования специфических юридических средств: правовых льгот и правовых преимуществ. Заменить человека, осуществляющего правоприменительные функции, искусственным интеллектом в названных областях, как и в большинстве других, не представляется возможным. Кроме того, едва ли можно полностью устранить правовое усмотрение, обусловленное наличием юридических коллизий, пробелов и иных дефектов правового регулирования.

Рассмотренные обстоятельства позволяют сделать вывод, что влияние правового усмотрения на законность носит противоречивый характер. При этом негативное влияние дискреции не всегда обусловлено ее собственными свойствами (избыточным уровнем свободы, отсутствием четко обозначенных пределов), а может быть связано с целым комплексом иных факторов, правового и внеправового характера. Законность и правовое усмотрение — многоаспектные явления, объективно присутствующие в правовой жизни общества, которые не должны рассматриваться в качестве абсолютных антагонистов.

В **заключении** представлены итоги диссертационного исследования, сформулированы основные выводы, а также обозначены перспективные направления дальнейшей научной разработки проблемы правового усмотрения.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

Монографии

1. *Никитин А.А.* Маргинальное поведение личности и его правовая нейтрализация // Очерки теории Российского законодательства: в 3 ч. / под ред. И.Н. Сенякина. Волгоград: Волгоградское научное издательство, 2009. Ч. 1. С. 149–160. 248 с. (14,4 п.л. / 0,7 п.л.).
2. *Сенякин И.Н., Никитин А.А.* Проблемы социально-правовой реабилитации маргинальной личности в России: вопросы теории и практики / Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. 360 с. (20,93 п.л. / 10,5 п.л.).
3. *Никитин А.А.* Вопросы правовой регламентации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия // Очерки теории Российского законодательства: в 3 ч. / под ред. И.Н. Сенякина. Волгоград: Волгоградское научное издательство, 2010. Ч. II. С. 272–280. 452 с. (26,27 п.л. / 0,5 п.л.).
4. *Никитин А.А.* Усмотрение прокурора при выборе правовых средств реагирования в общем надзоре // Очерки теории Российского законодательства: в 3 ч. / под ред. В.А. Летяева, И.Н. Сенякина. Волгоград: Волгоградское научное издательство, 2011. Ч. 3. С. 353–363. 500 с. (29,06 п.л. / 0,6 п.л.).
5. *Никитин А.А.* Ограничение усмотрения в праве как способ предупреждения социальных конфликтов // Социальный конфликт в различных нормативно-семиотических системах / под ред. В.А. Летяева. Казань: Казан. ун-т, 2012. С. 357–376. 412 с. (23,83 п.л. / 1 п.л.).
6. *Никитин А.А.* Усмотрение в праве и законодательный дисбаланс // Законодательный дисбаланс / И.Н. Сенякин, А.А. Фомин, А.А. Никитин; под ред. И.Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2013. С. 332–418. 720 с. (41,85 п.л. / 3 п.л.).
7. *Никитин А.А.* Общие вопросы усмотрения в праве. Саратов: ИЦ «Наука», 2019. 167 с. (10,5 п.л.).
8. *Никитин А.А.* Феномен усмотрения в праве. Саратов: ИЦ «Наука», 2021. 459 с. (28,75 п.л.).

Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых научных журналах и изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве науки и высшего образования России

9. *Никитин А.А.* Специальный правовой статус маргинальных групп // Вестник Саратовской государственной академии права. 2005. № 2. С. 43–47 (0,5 п.л.).
10. *Никитин А.А.* Маргинальная личность: понятие и признаки (тезисы доклада на круглом столе «Право и законодательство: история, теория, практика», посвященный 50-летию журнала «Правоведение») // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2007. № 5. С. 218–219 (0,2 п.л.).
11. *Никитин А.А.* Маргинальное поведение личности и ее правовой статус // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 3. С. 132–139 (0,8 п.л.).

12. *Никитин А.А.* Усмотрение в праве и его признаки // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 6. С. 34–41 (0,6 п.л.).
13. *Никитин А.А.* Усмотрение законодателя и его значение в случае принятия неэффективного закона // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 4. С. 110–118 (0,5 п.л.).
14. *Никитин А.А.* Законность и правоприменительное усмотрение // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 4. С. 141–146 (0,5 п.л.).
15. *Никитин А.А.* Особенности правового усмотрения в различных правовых системах // Вопросы российского и международного права. 2016. № 10. С. 31–40 (0,5 п.л.).
16. *Никитин А.А., Никитина Л. В.* Усмотрение в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Вопросы российского и международного права. 2017. Т. 7. № 10 А. С. 53–63 (0,6 п.л.).
17. *Никитин А.А., Авдоница Т.М.* Усмотрение органов контроля и надзора при обеспечении законности в сфере предоставления развлекательных услуг // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 4. С. 202–208 (0,6 п.л.).
18. *Никитин А.А., Авдоница Т.М.* Роль юридического усмотрения в повышении эффективности демографической политики // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 4. С. 49–56 (0,5 п.л.).
19. *Никитин А.А.* Усмотрение правоприменителя при толковании юридических норм // Вопросы российского и международного права. 2019. Т. 9. № 9А. С. 16–23 (0,5 п.л.).
20. *Никитин А.А.* Законодательное ограничение судебного усмотрения // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2020. № 1. С. 191–197 (0,5 п.л.).
21. *Никитин А.А.* Усмотрение в выборе способов интерпретации и его влияние на результат толкования // Вопросы российского и международного права. 2020. Т. 10. № 4А. С. 156–162 (0,5 п.л.).
22. *Никитин А.А.* Особенности юридического усмотрения в правовых системах религиозного права // Евразийский юридический журнал. 2020. № 6. С. 118–120 (0,5 п.л.).
23. *Никитин А.А.* Специфика правового усмотрения в англосаксонских правовых системах // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2020. № 3. С. 18–22 (0,5 п.л.).
24. *Никитин А.А.* Соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента // Евразийский юридический журнал. 2020. № 8. С. 68–70 (0,5 п.л.).
25. *Никитин А.А.* Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения // Вопросы российского и международного права. 2020. Т. 10. № 8А. С. 5–11 (0,5 п.л.).
26. *Никитин А.А.* Установление фактической основы дела как элемент механизма формирования правоприменительного усмотрения // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева (юридические науки). 2020. Т. 1. № 3. С. 36–47 (0,7 п.л.).
27. *Никитин А.А.* Понятие, причины и специфика правоприменительного усмотрения // Образование. Наука. Научные кадры. 2020. № 4. С. 94–97 (0,5 п.л.).

28. *Никитин А.А.* Предпосылки выделения усмотрения органов контроля и надзора в качестве особой разновидности правовой дискреции // Вопросы экономики и права. 2020. № 148. С. 7–11 (0,5 п.л.).
29. *Никитин А.А.* Юридическое усмотрение в правовых системах традиционного права // Правовая политика и правовая жизнь. 2020. № 3. С. 9–16 (0,5 п.л.).
30. *Никитин А.А.* Формы реализации права и юридическое усмотрение // Евразийский юридический журнал. 2021. № 4. С. 61–64 (0,5 п.л.).
31. *Никитин А.А.* Механизм формирования правоприменительного усмотрения // Вопросы российского и международного права. 2021. Т. 11. № 2А. С. 161–171 (0,7 п.л.).
32. *Никитин А.А.* Соблюдение права и правовое усмотрение // Закон и право. 2021. № 8. С. 44–47 (0,5 п.л.).
33. *Никитин А.А.* Правовое усмотрение и обход закона // Вопросы российского и международного права. 2021. Т. 11. № 5А. С. 125–132 (0,5 п.л.).
34. *Никитин А.А.* Специфика юридического усмотрения лица, злоупотребляющего правом // Евразийский юридический журнал. 2021. № 6. С. 90–93 (0,5 п.л.).

Работы, опубликованные в иных изданиях

35. *Никитин А.А.* Проблема маргинальности в условиях современного российского общества // Защита субъективных прав: история и современные проблемы: материалы межрегиональной научно-практической конференции (г. Волжский, 17 мая 2005 г.) / редкол.: В.А. Летяев (пред.) и др. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2005. С. 160–169 (0,5 п.л.).
36. *Никитин А.А.* Маргинальность и правовые проблемы занятости населения // Оптимизация государственно-правовой системы: теоретико-правовые и конституционные аспекты: межвузовский сборник научных статей / редкол. А.Р. Еремин, А.А. Мясин. Саранск: Изд-во ГОУ ВПО «Мордовского гос. ун-т им. Н.П. Огарева», 2006. С. 59–64 (0,4 п.л.).
37. *Никитин А.А.* Влияние маргинальности на состояние законности и правопорядка в стране // Право. Законодательство. Личность. Саратов, 2006. С. 112–118 (0,5 п.л.).
38. *Никитин А.А.* Обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина как гарантия преодоления маргинального положения личности в обществе // Конституция Российской Федерации и развитие современной государственности (к 15-летию Конституции Российской Федерации): сборник тезисов докладов (по материалам Международной научно-практической конференции, Саратов, 3–4 октября 2008 г.) / редкол.: О.С. Ростова (отв. ред.) и др.; Саратов: ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. С. 274–275 (0,4 п.л.).
39. *Никитин А.А.* Допустимость ограничения судебного усмотрения в российском праве // Современная юридическая наука и правоприменение (IV Саратовские правовые чтения): сборник тезисов докладов (по материалам Международной научно-практической конференции, г. Саратов, 3–4 июня 2011 г.) /

редкол.: О.С. Ростова (отв. ред.) и др.; Саратов: Изд-во ФБГОУ ВО «Саратовская государственная академия права», 2011. С. 303–304 (0,3 п.л.).

40. *Никитин А.А.* Усмотрение в публичном праве // Право и его реализация в XXI веке: сборник научных трудов (по материалам Международной научно-практической конференции, посвященной 80-летию Саратовской государственной юридической академии (г. Саратов, 29–30 сентября 2011 г.)): в 2 ч. / под общ. ред. С.Н. Туманова. Саратов: Изд-во ФБГОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. Ч. 1. С. 249–250 (0,3 п.л.).

41. *Никитин А.А.* Обеспечение законности при реализации субъектом правоприменительного усмотрения // Конституция Российской Федерации — правовая основа развития современной российской государственности: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (в рамках VI Саратовских правовых чтений, Саратов, 19–20 сентября 2013 г.) / под общ. ред. С.А. Белоусова. Саратов: Изд-во ФБГОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2014. С. 129–130 (0,3 п.л.).

42. *Никитин А.А.* Усмотрение в частном праве // Евразийский союз ученых. 2015. № 8. С. 151–153 (0,3 п.л.).

43. *Никитин А.А.* Усмотрение законодателя при выборе оптимальной степени детализации принимаемых законов: сборник публикаций фонда развития юридических наук по материалам V Международной научно-практической конференции: «Тенденции развития современной юриспруденции» (г. Санкт-Петербург). СПб.: Фонд развития юридической науки, 2015. С. 5–7 (0,3 п.л.).

44. *Никитин А.А.* Усмотрение при выборе модели правового регулирования предпринимательской деятельности // Российское предпринимательство: история и современность: сборник материалов I Всероссийских Морозовских чтений. Орехово-Зуево: ГГТУ, 2018. С. 180–185 (0,5 п.л.).

45. *Никитин А.А.* Усмотрение Конституционного Суда РФ и его роль в обеспечении законности // Право и общество в условиях глобализации: перспективы развития: сборник научных трудов / под ред. В.В. Бехер, Н.Н. Лайченковой. Вып. 7. Саратов: Саратовский социально-экономический институт (филиал) РЭУ им. Г.В. Плеханова, 2019. С. 76–79. (0,4 п.л.).

46. *Никитин А.А.* Признаки судебного прецедента в решениях высших судебных органов России // Актуальные вопросы развития государственности и публичного права: материалы VI Международной научно-практической конференции (г. Санкт-Петербург, 25 сентября 2020 г.): в 2-х т. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского института (филиала) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2020. Т. 1. С. 178–184 (0,5 п.л.).

47. *Никитин А.А.* Обеспечение законности при реализации лицом правоприменительного усмотрения // Вестник Прикамского социального института. 2020. № 3. С. 36–42 (0,5 п.л.).

48. *Nikitin A.A.* Legal discretion in criminal law: general theoretic and branch-wise aspects // IX Baltic Legal Forum «Law and Order in the Third Millennium» 2020 (Kaliningrad, Russia, December 11, 2020) / A.P. Alekseeva (ed.). SHS Web of Conferences. Vol. 108. 2021 (0,5 п.л.).

Учебники, учебные пособия

49. *Бугрова Т.М., Лиходаев Е.Г., Никитин А.А., Телегина В.А.* Работа органов прокуратуры по укреплению законности и правопорядка в Российской Федерации. Саратов: Техно-Декор, 2015. 40 с. (в соавт., 1,4 п.л. / 0,35 п.л.).
50. *Никитин А.А., Авдоница Т.М., Асташкина Е.Н., Бондар А.В.* Правоохранительные органы / под ред. А.Ф. Соколова; Саратов: Изд-во ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», 2018. 256 с. (14,88 п.л. / 1,9 п.л.).
51. *Богатова Е.В., Богомоллова К.И., Лиходаев Е.Г., Никитин А.А.* Обеспечение прав человека в деятельности правоохранительных органов: учебное пособие / Саратов: Изд-во ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», 2019. 124 с. (7,2 п.л. / 1,8 п.л.).